Die Tätigkeit des Kommanditisten für seine Gesellschaft.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

:: vorgelegt von ::

Ludwig Greil

: aus München. :

Approbiert am 15. November 1910.

MÜNCHEN 1911.
Dr. Wild'sche Buchdruckerei Gebr. Parcus.

111

Die Tätigkeit des Kommanditisten für seine Gesellschaft.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

:: vorgelegt von ::

Ludwig Greil

: aus München. :

Approbiert am 15. November 1910.

MÜNCHEN 1911.
Dr. Wild'sche Buchdruckerei Gebr. Pärcus.

Referent:

Universitäts-Professor **Dr. E. Sehling.**

Inhalt.

Seite

I. Einleitung 9

§ 1. Vorbemerkung 9

§ 2. Geschäftsführung und Vertretung im allgemeinen 11

§ 3. Juristische Natur der Kommanditgesellschaft 15

a) Die Sozietätstheorie 15

b) Die Korporationstheorie 17

c) Die Theorie der gesamten Hand 19

II. Tätigkeit des Kommanditisten auf Grund Gesetzes 20

§ 4. Ausübung des Widerspruchsrechtes 20

§ 5. Ausübung kollektiver Befugnisse 24

§ 6. Ausübung der Kontrolle 28

III. Tätigkeit auf Grund Vertrages 32

A. Rechtliche Beurteilung der Tätigkeit 32

§ 7. Als Prinzipal 32

§ 8. Als Angestellter oder Beauftragter im weitesten Sinne 42

B. § 9. Möglichkeit der Anrechnung solcher Tätigkeit als Einlage 47

IV. § 10. Tätigkeit ohne gesetzliche oder vertragliche Ermächtigung . . 51

Literaturverzeichnis mit Abkürzungen.

ADHG.	= Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.
Behrend	= Lehrbuch des Handelsrechts; 1886 Bn.-Lpg.
Beseler	= Volksrecht und Juristenrecht.
Binder	= Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907. Lpg.
Bing	= Verhältnis von Auftrag zur Vollmacht. Erl. Diss. 1897.
Bolze	= im Recht Bd. XIII, 1909.
Busch	= Archiv für Theorie und Praxis des allgem. Handels- und Wechselrechts. 38 Bde.
BGB.	= Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
Cosak	= Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl. 1910.
Curtius	= Rechtsstellung der Komplementare u. Kommanditisten, Berl. 1900.
D	= Denkschrift zum Entwurf eines HGB. Bn. 1897. Guttentag.
Dernburg	= Bürgerliches Recht des Deutschen Reichs u. Preußens. Von Heinrich Dernburg.
Dniestrzánski	= Aufträge zugunsten Dritter.
Düringer-Hachenburg	= HGB. erläutert von A. Düringer u. M. Hachenburg, Mannh. 1899—1905.
Ehrenberg	= Beschränkte Haftung, 1880.
Endemann HR.	= Endemann Handelsrecht, 1887.
Endemann	= Handbuch des deutschen Handelsrechts.
Enneccerus	= Bürgerliches Recht, Bd. I.
GFFG.	= Gesetz über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Gareis HR.	= Das deutsche Handelsrecht, 8. Aufl. 1909.
Gareis BGB.	= Kommentar z. BGB., Allgem. Teil.
Gareis-Fuchsberger	= ADHG. von K. Gareis u. O. Fuchsberger, 1891.
Gelpke	= Gelpkes Zeitschr. f. Handelsrecht, 2. Heft.
Gierke	= Genossenschaftstheorie und Rechtssprechung, 1887.
Gierke	= Handelsrecht in Holzendorff-Kohlers Enzyklopädie, 6. Aufl.
Goldmann	= Kommentar zum HG. von S. Goldmann, Bn. 1901, 1905.
Goldschmidt	= System des Handelsrechts von L. Goldschmidt, 1892.
Gorski	= Geschäftsführung und Vertretung, Wien 1888.
v. Hahn	= Kommentar zum HG., 3. Aufl. 1879.
Hammer	= Haftung des Kommanditisten. Leipz. Diss. 1902.
Hellwig	= Anspruch und Klagerecht.
Heusler	= Institutionen des deutschen Privatrechts, 1885/86.

Hölder	= Natürliche und juristische Personen, Lg. 1905.
Hupka	= Vollmacht, Lg. 1900.
Johow	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, von R. Johow 1881 ff.
KO.	= Konkursordnung.
Kielhorn	= Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Gött. Diss. 1902.
Lehmann-Ring	= Handelsgesetz für das Deutsche Reich.
Lent	= Begriff der auftragslosen Geschäftsführung, 1909.
Löwenfeld	= Kommentar zum BGB., Allgem. Teil.
Makower	= Handelsgesetzbuch mit Kommentar, 12. Aufl.
Oertmann	= Schuldverhältnisse, 3. Aufl. 1910.
Pappenheim	= in Kieler Festgabe für Hänel, 1907.
Pappenheim	= in Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (LZ.), 1910.
Pfennig	= Kommanditgesellschaft und stille Gesellschaft. Rost. Diss. 1902.
Plank	= BGB. nebst Einführungsgesetz, 1903.
Puchelt-Förtsch	= Kommentar zum ADHG. 1893.
Renaud	= Recht der Kommanditgesellschaft, 1881.
RG.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ROH.	= Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Sehler	= im Archiv für bürgerl. Recht, 28. Bd. S. 1 ff.
Seligmann	= Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Gött. Diss. 1896.
Seuffert	= Kommentar zur ZPO., 10. Aufl.
Sohm	= in Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht, 1909, S. 594 ff.
Staub	= Kommentar zum HG., 8. Aufl. 1906.
Struckmann-Koch	= Kommentar zur ZPO., 7. Aufl. Bn.
Thöl	= Handelsrecht, 6. Aufl.
Tuchatsch	= Kommanditgesellschaft, 1895. Lg.
Wach	= Handbuch des Zivilprozesses, 1885.
Windscheid	= Pandekten, 7. Aufl.
Z	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, von Goldschmidt.
ZPO	= Zivilprozeßordnung.

Mrs. Josefine Haltom Goodhue

freundschaftlich gewidmet.

I. Einleitung.

§ 1. Vorbemerkung.

Spricht man von der Tätigkeit des Kommanditisten für seine Gesellschaft, so muß man erst ein leises Gefühl der Befremdung verwinden. Mancher fragt sich verwundert, worin denn diese Tätigkeit bestehen könne, in welcher Richtung sie sich bewege. Wer so tut, überblickt nicht sofort das Ganze, sondern hat nur die im Gesetz normierte Stellung des Kommanditisten in und zu seiner Gesellschaft vor Augen. Hier sind seinem Tätigkeitsbereich freilich sehr enge Grenzen gezogen; sein Aktionsradius bestreicht nur einen ganz kleinen Kreis.

Aber dieses vom Gesetz so sehr beschränkte Arbeitsgebiet erfährt durch den Vertrag nicht selten eine so gewaltige Ausdehnung und Erweiterung, daß das vom Gesetz als Type gegebene innere Verhältnis fast gänzlich auf den Kopf gestellt erscheint.[1])

Ruft man sich dies ins Gedächtnis und berücksichtigt man noch die interessanten Fälle, wo der Kommanditist ohne gesetzliche oder vertragliche Ermächtigung für die Gesellschaft tätig wird, so hat man jenes Gefühl der Verwunderung rasch überwunden. Es wird vielmehr bald dem Interesse an einer eingehenden Untersuchung aller einschlägigen Lagen Platz machen.

Wie gesagt, gewährt der Gesetzesrahmen dem Kommanditisten die geringste Betätigungsmöglichkeit. Diese dem Gesetze eigentümliche Stellung des Kommanditisten erklärt sich sehr ungezwungen aus dem Wesen dieser Gesellschaftsform. Vorwiegend sind es Gründe der Billigkeit und des gerechten Ausgleichs von Lasten und Rechten, welche dazu geführt haben.

[1]) cf. Bolze im Recht 1909, 577: Wer darüber ein Urteil abgeben will, wie sich die Stellung des Kommanditisten nach dem Gesellschaftsvertrag und im Leben namentlich bezüglich der Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft tatsächlich gestaltet, ob wirklich auch nur vorherrschend der Komplementar mit seiner Tätigkeit und nur mit dem Gelde des Kommanditisten erwirbt, der müßte sich erst das vielgestaltige Leben im einzelnen ansehen.

Die einfache Kommanditgesellschaft ist eine Abart der offenen Handelsgesellschaft und bezweckt wie diese den Betrieb eines Handelsgewerbes. Das Charakteristische ist für sie neben der Erzielung von Gewinn durch gewerbsmäßigen Betrieb von Handelsgeschäften und der gemeinschaftlichen Firma die Vereinigung von Teilhabern, von denen der eine — es können auch mehr sein — nur mit einer Einlage beteiligt ist, d. h. in bindender Form erklärt hat, für die Schulden der Gesellschaft bis zu einer gewissen Höhe einzustehen, während die andern mit ihrem ganzen Vermögen haften.[1])

Der Kommanditist ist Kapitalist, er gibt sein Geld hin in der Absicht, eine möglichst hohe Verzinsung zu erreichen. Der Gesellschaft bringt er frisches Blut, sie wird zu größeren Unternehmungen befähigt. Doch interessiert ihn das erst in zweiter Linie. Nicht wie die Rente erworben wird, sondern bis zu welcher Höhe sie steigt, erscheint ihm wichtig. Man sieht, gewöhnlich verkörpert er den Kapitalismus. Die Untätigkeit des Kommanditisten ist also eine Begleiterscheinung seiner kapitalistischen Stellung. Eine Begründung seiner Bindung darf man darin beileibe nicht erblicken. Das hieße ja, daß das Gesetz die notorische, viel bewitzelte „Passivität" der Rentiers ihnen geradezu zur Pflicht gemacht hätte, indem sie sie als das Normale festlegte.

Der Grund hiefür liegt vielmehr anderswo: in der Verschiedenheit der Haftung. Wohl gibt der Kommanditist sein Geld hin; allein das ist nichts außergewöhnliches, er erhält ja als Entgelt Anteil am Reingewinn. Die Gefahr liegt bei einer Gesellschaft in der Schuldenhaftung und hier ist der Kommanditist begünstigt. Das größte Unglück, das ihn treffen kann, ist der Verlust seiner Einlage. Ein Zugriff in sein Privatvermögen ist den Gesellschaftsgläubigern verwehrt.

Ganz anders bei den Komplementaren. Auf ihren Schultern lastet die ganze , große Verantwortlichkeit, vor ihrem Privatvermögen gibt es kein Halt gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, mit ihrem letzten Heller müssen sie für deren Befriedigung aufkommen.

Bei dieser Lage der Dinge ist es nicht mehr als billig, daß der persönlich Haftende den größten Einfluß auf den Gang der Geschäfte hat; daher die Verurteilung des Kommanditisten zu relativ großer Passivität und die Konzentration der Geschäftsführung im weitesten Sinne in der Hand des oder der Komplementare.

[1]) Renaud, 97.

§ 2. Geschäftsführung und Vertretung im allgemeinen.

Die Tätigkeit der Gesellschafter ist Geschäftsführung und Vertretung. Beide Begriffe bedeuten etwas Grundverschiedenes. Die Gesellschaftsform bringt notwendigerweise ein zweiseitiges Verhältnis mit sich: das Verhältnis der Teilhaber unter sich und dasjenige der Gesellschaft zu Dritten. Je nachdem nun die Tätigkeit der Partner auf das eine oder andere radiziert ist, wechselt sie ihr juristisches Gepräge. Im ersten Fall ist sie Geschäftsführung, d. h. die auf dem Gesellschaftsvertrag fußende, gegenüber dem Partner wirksame Befugnis zu Handlungen für die Gesellschaft. Sie ist also etwas, das nur die Gesellschafter angeht; nach außen übt das Arrangement der Geschäftsführung keine rechtliche Wirkung. Im andern Falle, im Verhältnis zu Dritten, ist die Tätigkeit für die Gesellschaft Vertretung und man spricht von Vertretungsmacht, wenn der Gesellschafter das Recht hat, die Gesellschaft durch seine Handlungen wirksam zu obligieren. Sie ist die Legitimation, aus welcher der Dritte ersieht, daß das abzuschließende Rechtsgeschäft die Gesellschaft haftbar macht.

In der Laiensprache wird wohl Geschäftsführung in einem weiteren, auch die Vertretung umfassenden Sinne gebraucht; ja, auch in der älteren Literatur, die zu der scharfen Unterscheidung der heutigen Theorie noch nicht fortgeschritten war, begegnet man oft einem verwischten, unkonsequenten Gebrauch beider Begriffe. Seit Inkrafttreten des BGB. und HGB. ist ihre Disparität vollständig klargestellt.

Die Stellvertretung überhaupt beruht entweder auf Gesetz, d. h. sie ist kraft Gesetzes mit einer bestimmten Stellung verbunden, oder sie gründet sich auf eine Willenserklärung des Vertretenen. Unter die Kategorie der gesetzlichen Vertretung fällt auch die Vertretung der Kommanditgesellschaft. Hier ist die Vertretungsmacht von Gesetzeswegen mit der Eigenschaft eines Komplementars verbunden. Doch ist sie keine gesetzliche Vertretung kraft zwingenden Rechts; es ist erlaubt, sie hinsichtlich eines oder mehrerer oder sogar aller[1]) Komplementare im Gesellschaftsvertrage auszuschließen oder nachträglich selbst gegen den Willen der Betreffenden zu entziehen.[2])

---

[1]) bestritten! ebenso: Renaud, 364; Gorski, 154; Johow X, 28; Makower § 125, V. b.; Lehmann-Ring § 125, 8; Pappenheim, 8 (LZ. f. H. 1910); a. A. z. B. Staub § 125, 3; Sohm, 600 (LZ. f. H. 1909).

[2]) § 127 u. 170 mit § 161 Abs. 2 HG.

Das innere Verhältnis, die Geschäftsführungsbefugnis, wird von Maßregeln, welche die Vertretung treffen, an sich gar nicht berührt. Man muß nämlich immer im Auge behalten, daß die Vertretung der Kommanditgesellschaft eine gesetzliche ist.[1]) Sie braucht sich weder dem Umfange nach mit der Geschäftsführungsbefugnis zu decken, noch in ihrem Bestande von dieser abzuhängen.[2]) Es gelten nicht die Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft. Denn dort handelt es sich um Vollmacht, hier um gesetzliche Vertretung. So ist § 714 BGB. nicht anwendbar, demzufolge ein innerer Zusammenhang zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretung hergestellt ist in der Weise, daß der Gesellschafter, welchem nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, im Zweifel auch ermächtigt ist, die Gesellschaft Dritten gegenüber zu vertreten.[3]) Regelmäßig wird derjenige, welcher Geschäftsführungsbefugnis hat, auch mit Vertretungsmacht ausgerüstet sein. Aber es ist nicht ausgeschlossen, daß ein socius zur Geschäftsführung herangezogen ist, der der Vertretungsmacht ermangelt. Soweit sich die Geschäftsführung auf rein faktische Leistungen, wie Buchführung, Korrespondenz, Warenbehandlung, Aufmachung von Bilanzen u. dgl. beschränkt, ist eine Vertretungsmacht ohnehin überflüssig. Kommt der Abschluß von Rechtsgeschäften in Frage, so ist man geneigt, die Gestionsbefugnis ohne Vertretungsmacht für praktisch wertlos zu halten. Allein dieses Urteil geht doch etwas zu weit.[4]) Gorski hat darauf hingewiesen, wie der nichtvertretungsberechtigte Gesellschafter Rechtsgeschäfte abschließen kann.[5]) Entweder er kontrahiert im eigenen Namen, bedient sich also der sogenannten indirekten Stellvertretung; dann entstehen aber die Folgen der Obligation zunächst nur in seiner Person. Die Gesellschaft wird weder berechtigt noch verpflichtet. Oder aber er bedient sich der vertretungsberechtigten Partner oder sonst gehörig bevollmächtigter Personen (Prokuristen oder Handelsbevollmächtigter) und läßt das von ihm arrangierte Rechtsgeschäft

---

[1]) Staub § 125 Einl. § 126, 3.

[2]) Oertmann 1910 Vorbem. z. Tit. X. BGB. S. 781.

[3]) cf. Staub § 125, 1.

[4]) cf. hiezu die treffendeWürdigung der Geschäftsführung und der Bedeutung, auch der Tätigkeit des Kommanditisten durch Bolze: „Mit der Geschäftsführung können Güter erhalten und Werte vermehrt werden und mit der Geschäftsführung können Werte zerstört und Konkurse herbeigeführt werden." (Recht XIII, 572.)

[5]) Gorski, 52.

von ihnen zum Abschluß bringen. Auf diese Weise gewinnt der bloß Geschäftsführungsbefugte die Stellung des Disponenten, des eigentlichen „kaufmännischen Leiters“[1]) mit nicht zu unterschätzendem wirtschaftlichen Einfluß, wenn die Vertretungsermächtigten gehalten sind, ihm unbedingt zu folgen. Seine rechtliche Macht ist freilich fast Null, da ihm eben die Firmierungsrechte fehlen.

Die Unabhängigkeit der Vertretung und Geschäftsführung von einander ermöglicht aber auch den umgekehrten Fall, daß einem Gesellschafter durch Vertrag auferlegt ist, sich der Geschäftsführung zu enthalten, ohne daß ihm die Vertretungsmacht entzogen ist.[2])

Die Geschäftsführungsbefugnis kann durch mannigfache Instruktionen, Regelungen usw. beschränkt und in bestimmte Richtung gedrängt sein. Für die Vertretung existieren diese Fesseln jedoch nicht. Trotz der nach innen bestehenden Verantwortung kann der Vertreter sie beiseite werfen und Rechtsgeschäfte eingehen, welche weit über die ihm von seinen Partnern eingeräumten Befugnisse hinausgehen, aber dennoch die Gesellschaft verpflichten. Interne Beschränkungen existieren für den Dritten nicht; ja, er braucht sie trotz Kenntnis nicht zu beachten, ausgenommen den Fall der Kollusion.[3]) Wer einmal Firmierungsrecht hat, der hat es aber auch, wie das Gesetz vorschreibt, in unbeschränktem und unbeschränkbarem Umfang. Darin offenbart sich der gesetzliche Charakter der Vertretung der Kommanditgesellschaft.

Die gesetzlichen Vertreter der Kommanditgesellschaft sind nun die Komplementare; die Kommanditisten können auf keinen Fall zu vertretenden „Gesellschaftern“ gemacht werden. „Das Gesetz kennt nur die gesetzliche Vertretung, deren Ausschluß und zulässige Beschränkung“.[4])

Hingegen steht nichts im Wege, den Kommanditisten mit Geschäftsbefugnis auszustatten; denn § 164 HG. hat nur dispositiven Charakter.[5]) Anderseits kann dem Komplementar, wie gesagt, die

---

[1]) vgl. OLGR. III, 277 in einer Entscheid. des OLG. Bamberg (Samml. v. Mugdan und Falkmann).

[2]) Staub § 114, 1; 117, 1; Lehmann-Ring § 114, 2; § 125, 1; Gorski, 8; Hupka 5, 376, 413 Fußn. 3; Löwenfeld § 164, 7 BGB.; Pfennig, 78; Oertmann 1910, Tit. X. BGB. S. 781.

[3]) Gorski 115, 121—124.

[4]) Lehmann-Ring § 170, 2.

[5]) RG. XXXI, 73; Staub § 164, 7; Lehmann-Ring § 114, 2 u. § 164, 4.

Vertretung genommen werden, so daß ihm nur die Gestionsbefugnis bleibt. Dieses ist für die Gesellschaft des BGB. undenkbar, denn § 715 BGB. statuiert ausdrücklich, daß mit der Entziehung der Vollmacht auch die Gestionsbefugnis erlischt. Freilich dürfte gewöhnlich auch bei der Kommanditgesellschaft mit der Entziehung der Vertretungsmacht die Befugnis zur Geschäftsführung genommen werden.

Daß der Kommanditist nicht zur gesetzlichen Vertretung der Gesellschaft fähig ist, will nicht sagen, daß er überhaupt von jeglicher Vertretungsart ausgeschlossen ist. Es kann ihm vielmehr Prokura oder Handlungsvollmacht erteilt werden. Allein der Unterschied zwischen diesen Vollmachten und der gesetzlichen Vertretung ist klar. Er ist nicht nur ein quantitativer, sondern auch ein qualitativer. Der Komplementar ist der geborene, der Prokurist- bezw. Handlungsbevollmächtigte-Kommanditist ist der bestellte Vertreter der Gesellschaft. Der erstere ist ihr Organ,[1]) seine Vertretungsmacht ist nicht nach den Regeln der Vollmacht zu beurteilen;[2]) der letztere ist in der Regel Angestellter der Gesellschaft, Handlungsgehilfe, wenn auch nicht notwendig.[3])

Für diese dem Kommanditisten offenstehende Vertretung greifen aber die allgemeinen Vorschriften des BGB. § 164 ff. Platz, soweit nicht im HG. Modifikationen statuiert sind. Letztere heben vorwiegend die Selbständigkeit der Vollmacht gegenüber dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis schärfer hervor. Bei der gesetzlichen Vertretung der Kommanditgesellschaft ist diese Selbständigkeit, wie wir gesehen haben, bis zur Unabhängigkeit gesteigert, da zu ihrer Existenz eine Willenserklärung nicht notwendig ist. Dagegen will das BGB. die Vollmacht, i. e. die auf Rechtsgeschäft beruhende Vertretungsmacht, unbeschadet der begrifflichen Trennung, von dem Kausalverhältnis abhängig wissen, was sich aus dem § 168 Satz 1 mit Sicherheit schließen läßt.[4]) Daraus folgt, daß die Vollmacht nur besteht, wenn und solange das Grundverhältnis besteht.[5]) Damit stimmt auch der oben im Gegensatz zur Kommanditgesellschaft hervorge-

[1]) RG. II, 32.

[2]) Hellwig, 274 (Anspruch u. Klagerecht).

[3]) Staub § 48, 1 u. 3.

[4]) Plank, I, 293 BGB.; Gareis I, § 167 BGB.; Dernburg, Bürg. R. I, 476; Dniestrzánski: Die Aufträge zugunsten Dritter 107 ff.; von Seeler, Archiv f. bürg. R. XXVIII, 9 ff.

[5]) Bing, 30 (Verh. von Auftr. u. Vollm.).

hobene Zusammenhang zwischen Geschäftsführung und Vertretung der bürgerlichen Gesellschaft überein.[1])

Das HG. lockert dieses Prinzip in gewissen Beziehungen am weitestgehenden bezüglich der Prokura. Es erhebt diese Vollmacht zu einer absoluten Vollmacht mit gesetzlich normiertem Umfang, die keine Beschränkung zuläßt, gleicht sie also fast der gesetzlichen Vertretungsmacht an. Trotzdem kann sie nie deren Charakter und Umfang annehmen und der Kommanditist-Prokurist ist kein „gesetzlicher Vertreter" der Kommanditgesellschaft.

§ 3. Die juristische Natur der Kommanditgesellschaft.

Die rechtliche Natur der Handelsgesellschaften bildet den Gegenstand einer alten Kontroverse, die eine umfangreiche Literatur hervorgebracht hat. Drei große leitende Theorien lassen sich unterscheiden, neben denen es noch zahlreiche kleinere Varietäten gibt: die „romanistische" Sozietätstheorie, die Theorie der juristischen Person oder Korporationstheorie und die jüngst kreierte, aber in ihren Wurzeln auf das germanische Recht zurückgeführte Theorie der gesamten Hand.

Mit der Rezeption des römischen Rechts kam der Gesellschaftsbegriff desselben zur Herrschaft und behauptete sich in mehr oder minder strikter Form bis in die neueste Zeit. Zuerst wandte sich das preußische Landrecht von ihm ab,[2]) dann das ADHG. in den a. a. 111, 119—122, und schließlich wurde die societas auch aus dem bürgerlichen Rechte verbannt, als sich die II. Kommission zum Entwurf eines BGB. zu ihrer Ablehnung entschloß.

a) Die Sozietätstheorie.[3])

Die societas des römischen Rechts ist ein lediglich obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen den socii auf Grund des Gesellschafts-

[1]) Oertmann 1910 § 715, 1 BGB. S. 874. Diese Ansicht ist bestritten. Volle Abstraktion auch der „Vollmacht" vom Kausalverhältnis fordern: Laband Z. X, 206; Hupka 175 ff.; Enneccerus Bürg.R. I, § 94; Löwenfeld BGB. § 167, 1; Plank gibt die Möglichkeit der Theorie zu I, 292 BGB.

[2]) Dernburg II, 650.

[3]) Besonders vertreten von: v. Hahn 377; Renaud 101; Laband Z. XXX; Thöl 304; Goldschmidt System 112.

vertrages zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes. Diese Gesellschaft hat keinen rechtlichen Bestand nach außen. Die Gesellschafterqualität tritt beim Abschluß von Rechtsgeschäften mit Dritten gänzlich in den Hintergrund; der Handelnde persönlich wird berechtigt und verpflichtet, nicht aber die Gesellschaft. Die Gesellschaft kann aus den Beiträgen der Partner einen Gesellschaftsfonds, arca communis, gründen, welcher ausschließlich für die gemeinschaftlichen Zwecke bestimmt ist und getrennt verwaltet wird. Trotzdem besitzt dieser Vermögenskomplex keine selbständige rechtliche Existenz gegenüber Dritten. Er ist gemeinschaftliches Vermögen aller Gesellschafter; jeder hat einen ideellen Anteil, der zu seinem Privatvermögen gehört. Gegenüber den Genossen ist der einzelne socius verpflichtet, über seinen Anteil nur im gemeinschaftlichen Interesse zu verfügen. Eine abweichende Verfügung ist aber keineswegs nach außen unwirksam. Daraus folgt, daß der Privatgläubiger eines socius die inneren Schranken nicht zu beachten braucht, sondern sich an den ideellen Anteil seines Schuldners halten kann ohne Rücksicht auf etwa bestehende Gesellschaftsschulden; Abzüge aus diesem Grunde braucht er sich nicht gefallen zu lassen. Gemäß ihrem individualistischen Charakter verträgt die societas auch keinen Mitgliederwechsel.

Die Gegensätze zwischen der societas und der Kommanditgesellschaft springen in die Augen. Letztere hat auch nach außen rechtliche Existenz; ihre Vertreter berechtigen und verpflichten die Gesellschaft unmittelbar, wenn sie im Namen derselben handeln. Ferner verursacht Mitgliederwechsel schlechthin nicht die Auflösung der Kommanditgesellschaft. Eintritt und Ausscheiden von Kommanditisten haben diese Wirkung nicht.[1]) Da ferner aus §§ 161 Abs. 2 und 105 Abs. 2 HG. hervorgeht, daß auf die Kommanditgesellschaft subsidiär die Bestimmungen des BGB. anzuwenden sind, so muß das bezüglich der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts anerkannte Prinzip auch auf die Kommanditgesellschaft ausgedehnt werden. Dieses ist die gesamte Hand. Damit ist eigentlich, wie Oertmann bündig und treffend bemerkt,[2]) jede Diskussion der Sozietätstheorie im Allgemeinen und im Besonderen, wie sie von Laband und Adler verfochten

[1]) §§ 162, 173, 177 HG.; unter der Herrschaft des ADHG. wurde in diesem Falle allerdings Auflösung und Neubildung angenommen. cf. RG. XXXII, 47; jetzt aber: D. 121; RG. LV, 126; Johow 26 A., 220; Laband Z. XXX, 478; Lehmann Z. L, 38; Hölder 268 (natürl. u. jur. Pers.).

[2]) Tit. XIV Vorbem. A. 4 b, S. 854.

wurde, erledigt. Bei der Kommanditgesellschaft kann kein Gesellschafter über seinen Anteil frei verfügen, sondern nur coniuncta manu. Dadurch schließt sich die Vielheit der Mitglieder zu einer Einheit zusammen,[1]) die nicht nur unter den Gesellschaftern vermöge des obligatorischen Bandes besteht, wie es die Sozietät haben will, sondern auch nach außen in die Erscheinung tritt.[2])

b) Die Korporationstheorie.[3])

Viel mehr Anhänger als die jetzt überwundene Sozietätstheorie hatte und hat noch immer die Korporationstheorie. Die Kommanditgesellschaft sei juristische Person. Zu ihrer Unterstützung bringt man vor, daß die Kommanditgesellschaft fähig sei, unter ihrem Namen Rechte zu erwerben und Pflichten zu übernehmen, vor Gericht zu klagen und verklagt zu werden (§ 161 Abs. 2 m. 124 Abs. 1 HG.), daß sie einen eigenen Sitz (§ 161 Abs. 2 m. 106 Abs. 2 Z. 2 HG.) und Kaufmannsqualität habe (§ 6 Abs. 1 HG.); ferner weise auf die juristische Persönlichkeit der Umstand hin, daß man die Kommanditgesellschaft nur auf Grund eines gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Titels belangen könne (§ 161 Abs. 2 m. § 124 Abs. 2) und daß es einen besonderen Gesellschaftskonkurs gebe (§ 131 Abs. 3 HG. u. KO. § 209). Diejenigen, welche unter Hinweis auf die Firmenfähigkeit der Kommanditgesellschaft und die daraus entspringenden Konsequenzen juristische Persönlichkeit für die Kommanditgesellschaft vindizieren, hat Laband schon längst widerlegt,[4]) als er zeigte, daß der besondere Name nicht notwendig eine besondere Person verdecke; denn auch der Einzelne kann noch einen besonderen Namen haben wie der Einzelkaufmann in seiner Firma; und das gilt auch für die Gesellschaft.

Überhaupt sind alle Argumente der Anhänger der Korporationstheorie nur Möglichkeiten, die bei juristischen Personen zu finden sind, aber nicht Kriterien, welche untrüglich zur juristischen Person stempeln. Zum besseren Verständnis der juristischen Person braucht

[1]) Gierke, Genossenschaftstheorie 464—467.

[2]) RG. hat vor kurzem die lediglich obligatorische Bindung verworfen: LIV, 297; LVI, 209; LVI, 432.

[3]) Besonders vertreten von: Gelpke in s. Zschr. f. H. II, 3—76; Ladenburg Z. I, 136 f.; Gotter in Busch Arch. XVIII, 341; Endemann HR. 119; Eccius Z. XXXII, 1; Windscheid Pand. II § 407, 2.

[4]) Laband Z. XXX, 474.

man nur den rechtsfähigen Verein im Auge zu behalten. Verein ist die Verbindung einer nicht geschlossenen Anzahl von Mitgliedern, die sich durch eine Organisation zu einer Einheit zusammengefügt haben, so daß diese Einheit als ein von den einzelnen Mitgliedern verschiedenes rechtliches Wesen erscheint, welches eigene von den Rechten und Pflichten der Mitglieder verschiedene Rechte und Pflichten hat. Falsch wäre es nun, den Nachdruck auf die Organisation zu legen und der Kommanditgesellschaft juristische Persönlichkeit abzusprechen, weil sie keine Organisation habe.[1]) Denn auch die Gesellschaft kann durch eine entsprechende Regelung der Geschäftsführung eine Organisation haben. Vielmehr ist das einzige untrügliche Merkmal der juristischen Person die Verschiedenheit der privaten Rechte und Pflichten der Mitglieder von denen des Vereins, oder wie es Laband, der es zuerst erfaßte, klar ausdrückt:[2]) „die juristische Person ist erkennbar an der Nichthaftung der Mitglieder für Vereinsschulden". Doch bedarf dieser Satz einer genaueren Präzisierung, allerdings im Gegensatz zu Laband: Juristische Person ist anzunehmen, wenn auch nur 1 Mitglied der Gesellschaft nicht persönlich für die Vereinsschulden haftet. Ausschlaggebend ist die persönliche Nichthaftung auch nur eines Mitglieds, nicht aber, wie Laband meint, die persönliche Haftung auch nur eines Mitglieds. Wenn alle persönlich haften, aber ein Einziger nicht persönlich, so muß man das Verhältnis als juristische Person ansprechen. Nur wenn die Mitglieder ausnahmslos persönlich haften, besteht keine juristische Person. Es kommt also darauf an, wie die Haftung des Kommanditisten aufgefaßt wird, als eine persönliche oder nicht persönliche. Im letzteren Fall käme man um die juristische Person der Kommanditgesellschaft nicht herum.[3]) Diese früher bestrittene Frage ist nun durch §§ 171, 173 u. 161 HG. entschieden. Der Kommanditist haftet persönlich und damit fällt die juristische Persönlichkeit der Kommanditgesellschaft. Sie ist kein von den Mitgliedern verschiedenes Rechtssubjekt, überhaupt kein Rechtssubjekt, sondern ein Rechtsverhältnis unter den Gesellschaftern. Diese sind die Träger der gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten.

[1]) So Plank II, 453; Cosak II, 390 für die bürgerl. Gesellsch.

[2]) cf. Laband a. a. O.; auch Binder anerkennt, daß das Wesentlichste an der Sonderstellung der Korporation die beschränkte Haftung ist, S. 123; im übrigen läßt er den rechtsfähigen Verein nur als eine Gesellschaft i. e. ein mit Kontinuität ausgestatteter Personenverband gelten.

[3]) cf. Staub § 161, 2.

Von „relativer" juristischer Person spricht Gareis.[1]) Auch wenn er nur, wie es scheint, für einen treffenderen Ausdruck der Gesamtheit damit eintritt, so ziehen wir doch den Gierke'schen Ausdruck vor. Er ist ebenso gut und gibt eine reinliche Scheidung von der Korporationstheorie. Entweder Person oder nicht. Behandlung in mancher Beziehung wie die juristische Person verleiht noch nicht echte Persönlichkeit.[2])

c) Die Theorie der gesamten Hand.[3])

Das Prinzip der gesamten Hand hat seinen Ausgangspunkt im germanischen Familienrechte. Dieses Prinzip beherrscht heute unzweifelhaft die OH. und Kommanditgesellschaft. „Die Kommanditgesellschaft ist heute lediglich eine modifizierte OH. Darum finden die Vorschriften über OH. auf sie subsidiäre Anwendung. Die Abweichungen beruhen darauf, daß es hier Gesellschafter gibt, die nur kapitalistisch beteiligt sind; darum ist in subjektiver Hinsicht die Personeneinheit aus einer zu gleichem Rechte verbundenen Personenmehrheit gebildet, in objektiver Hinsicht aber das Gesellschaftsvermögen, insoweit es aus den Vermögenseinlagen der Kommanditisten besteht, nach außen vinkuliert."[4]) Die Kommanditgesellschaft ist auch nicht bloß eine Vereinigung der Gesellschafter nach innen, sondern die Gesellschafter treten nach außen unter der gemeinsamen Firma als eine geschlossene Einheit auf. Das Wesentliche ist, daß ein gemeinschaftliches Vermögen, das Gesellschaftsvermögen, vorhanden ist, welches von dem Sondervermögen der einzelnen Partner getrennt ist, sowie daß der Gesellschafter für sich über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht frei verfügen kann. Wie das Eigentum der gesamten Hand aber eigentlich rechtlich zu konstruieren ist, bleibt freilich ein bisher noch nicht befriedigend erklärtes Problem. Überwiegend neigt man der Gierke'schen Auffassung zu:[5]) „Eigentümer des Vermögens sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Der einzelne hat keine bestimmte und bestimmbare Quote weder am Gesellschafts-

[1]) Gareis HR. (8) 130 f.

[2]) cf. Goldschmidts derbe, aber treffende Kritik Z. XXXVI, 310.

[3]) Ins neuere Recht wiedereingeführt von Beseler, Volksrecht u. Juristenrecht 158—194; ausgebaut von Gierke, Genossenschaftstheorie; Heusler, Institutionen; Cosak HG.; Staub, Lehmann-Ring u. a.

[4]) Gierke in Holzendorff-Kohler Enzykl. I, 940.

[5]) cf. Staub § 105, 27.

vermögen noch an den einzelnen Gegenständen; es ist während des Bestehens der Gesellschaft ein Anteil am Gesamteigentum ohne Quoten, aber immerhin ein dinglicher Anteil, nicht lediglich ein obligatorischer Anspruch vorhanden."[1])

Was jedoch festgehalten werden muß, ist, daß die Kommanditgesellschaft weder Sozietät im römisch- oder gemeinrechtlichen Sinn noch juristische Person ist, sondern einzig eine Gemeinschaft zur gesamten Hand.

II. Tätigkeit des Kommanditisten auf Grund Vertrages.

§ 4. Ausübung des Widerspruchsrechtes.

In der Einleitung ist schon betont worden, daß es nur der Billigkeit entspricht, wenn die eigentliche Geschäftsführung den persönlich haftenden Gesellschaftern übertragen ist. Auf ihnen lastet das größte Risiko, da sie ja mit ihrem ganzen Privatvermögen zur Bezahlung der Gesellschaftsschulden herangezogen werden können. Demgegenüber sitzen die Kommanditisten viel sicherer. Im schlimmsten Fall verlieren sie nur ihre Einlage. Freilich ist es nicht gerade selten, daß der Kommanditist, der eigentliche Finanzmann des Unternehmens ist, während der Komplementar nur Dienste irgendwelcher Art leistet. Man denke an das vielleicht aktuellste Beispiel einer Kommanditgesellschaft zum Zwecke der Ausbeutung einer aeronautischen Erfindung. Der mittellose Erfinder sucht das Kapital. Hier hat der Komplementar nichts zu verlieren, der Kommanditist vielleicht sehr viel. In einem solchen Falle wäre es verfehlt, die Geschäftsführung für den Komplementar zu vindizieren unter dem Hinweis darauf, daß dies bei dem Risiko desselben nur der Billigkeit entspreche. Vielmehr zeigt dieses Beispiel, daß eine solche Einseitigkeit vom Gesetz nicht sanktioniert werden darf. Es hat denn auch Rücksicht auf

[1]) Die Sozietätstheoretiker Renaud, 234 u. Laband Z XXXI, 40 nehmen Miteigentum pro indiviso mit festen bezw. gleitenden Quoten an. Behrend 470 und Makower 186 sprechen von Forderungen der einzelnen an die Gesellschaft. Lehmann-Ring Vorbem. § 105 nehmen Eigentum nach Quoten an. Cf. auch Oertmann (1910) Vorbem. zu § 705 BGB. S. 854.

derartige Verhältnisse genommen, indem es die gesamten Bestimmungen über die Geschäftsführung der Abänderung durch Privatwillkür zugänglich machte. Aber selbst wenn die Gesellschafter hievon keinen Gebrauch machen, mußte das Gesetz Vorsorge treffen, daß der Kommanditist etwaigen unlauteren Manipulationen der Geschäftsführer nicht machtlos preisgegeben ist; der Grundsatz, daß den Komplementaren die Geschäftsführung im vollen Umfang zustehen soll, bedarf von Gesetzeswegen schon der Einschränkung. Es müssen dem Kommanditisten Hebel in die Hand gegeben sein, die er bei unredlichem Gebaren der Komplementare wirkungsvoll in Bewegung setzen kann. Dabei darf das Gesellschaftsprinzip nicht außer acht gelassen werden. Die Befugnisse des Kommanditisten sollen nicht zu weit gehen, dürfen nicht den Betrieb stören. Ängstlichkeit und Mißtrauen, mit zu großem Einfluß ausgestattet, könnten leicht die Regsamkeit der Geschäftsführer lahmlegen, und auch nach außen kreditzerstörend wirken. Andrerseits soll dem Kommanditisten ein wirksamer Schutz gegen Übervorteilungen geboten sein. Wie weit die Beteiligten eine Einschränkung oder Erweiterung der gesetzlichen Bestimmungen hierüber vorziehen zu müssen glauben, ist natürlich ihre Sache, und nicht gegen das Gesetz.

In diesem schwierigen Problem, worin ja mit die wunde Stelle der Kommanditgesellschaft in wirtschaftlicher Hinsicht liegt, hat meines Erachtens das Gesetz den bestmöglichen Weg gefunden, der allen Wünschen in gleichem Maße gerecht wird. Einerseits steht dem Kommanditisten ein direktes Widerspruchsrecht zu, mit Hilfe dessen er außergewöhnliche, gefährliche Geschäfte hintanhalten kann. Denn natürlich sind es gerade die ungewöhnlichen Geschäfte, in denen die Gefahr großer Verluste liegt. Andrerseits besteht das Bilanzprüfungsrecht. Damit ist dem Kommanditisten die Möglichkeit gegeben, sich über die Geschäftslage und das Fortschreiten oder Zurückgehen des Unternehmens zu orientieren, auf diese Weise die Tätigkeit der Gesellschafter zu überwachen und die Lust zu unlauteren Manipulationen zu zügeln. Auf dieses werden wir weiter unten näher eingehen.

Was das Widerspruchsrecht betrifft, so stellt der Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich fest, daß außergewöhnliche Geschäfte nicht gegen den Widerspruch eines Kommanditisten vorgenommen werden dürfen.[1])

[1]) § 164 HG.

Diese Fassung enthält verschiedene Folgen. Es genügt der Widerspruch auch nur eines Kommanditisten, um das Geschäft zu einem unerlaubten zu machen. Nicht etwa entscheidet Stimmenmehrheit. Majorisierung kann nur durch den Vertrag verabredet werden und muß in dieser Weise festgelegt sein, wenn sie nicht rechtswidrig bleiben soll. Außerdem ist zu beachten, daß es gleichgültig ist, ob der Widerspruch geäußert wird oder nicht. Da § 164 HG. die Bestimmung § 116 HG. ebensowenig wie § 119 HG. hat ändern wollen, so muß die Zustimmung aller Gesellschafter einschließlich der Kommanditisten zur Vornahme ungewöhnlicher Geschäfte eingeholt werden.[1]) Die Beschlußfassung kann entweder schriftlich oder mündlich geschehen. Eine gesetzliche Form ist hiefür nicht vorgeschrieben.[2]) Jedenfalls ersieht man hieraus, daß die Vornahme eines außergewöhnlichen Geschäftes auch durch Stillschweigen des Kommanditisten verhindert werden kann. Renaud schreibt: „ . . . . . so haben die geschäftsführenden Gesellschafter die Zustimmung des oder der Kommanditisten . . . . . vor der Vornahme solcher Geschäfte einzuholen, welche über den gewöhnlichen Betrieb der Gesellschaft hinausgehen, oder dem Zwecke desselben fremd sind und in Ermangelung eines Konsenses, zu welchem bei einer Mehrheit von Mitgesellschaftern die Majorität der Stimmen nicht ausreicht, die betreffende Handlung selbst bei Gefahr im Verzug zu unterlassen.“[3])

Wird ein Akt dennoch ausgeführt, so kommt es nicht darauf an, ob sich der Widerspruch als sachlich berechtigt oder unberechtigt erweist. Zur Prüfung dieser Frage wird gar nicht geschritten. Die Handlung ist und bleibt nach innen unberechtigt und muß nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag beurteilt werden hinsichtlich des Verhältnisses der Gesellschafter unter sich,[4]) d. h. sie geht auf Gefahr des Geschäftsführers. Der Gesellschaft hieraus erwachsener Schaden muß von dem Geschäftsführer voll beglichen

[1]) Makower § 164, II; anders Cosak (1910) S. 697: positive Zustimmung des Kommanditisten nicht notwendig; ähnlich Staub § 164 Anm. 3 HG., welcher meint, die Kommanditisten brauchen zum Beschluß nicht zugezogen zu werden. Da der Kommanditist in die Geschäftsführung nicht eingeweiht ist, so könnte er sein Widerspruchsrecht nur ausüben, wenn er zufällig von einem solchen geplanten Geschäft erführe. Dieses Widerspruchsrecht wäre aber sehr problematisch.

[2]) § 119 HG.

[3]) Renaud 249.

[4]) § 677 ff. BGB.

werden; nur durch den Beweis, daß die Handlung dem Interesse der Gesellschaft entsprochen habe, wird die Schadensersatzpflicht beseitigt, wenn auch nicht die Rechtswidrigkeit.[1]) Die einmal vorgenommene Handlung ist Dritten gegenüber freilich ein für allemal gültig und die Gesellschaft obligiert, ebenso wie wenn die Regierung eines deutschen Bundesstaates ein Reservatrecht ohne Zustimmung der Volksvertretung dem Reich gegenüber aufgegeben hätte. Nach innen ist die Regierung verpflichtet, in Sachen, wo der Landtag mitwirkungsberechtigt ist, die Zustimmung desselben zur Preisgabe oder Beschränkung des Reservatrechts zu erholen. Dem Reich gegenüber ist das Recht aufgegeben in dem Moment der rechtskräftigen Erklärung der Regierung auch ohne Zustimmung der Volksvertretung.

Ein genereller Widerspruch gegen alle außergewöhnlichen Geschäfte hat natürlich keine Bedeutung. Das Wesen des Außergewöhnlichen ergibt sich nur von Fall zu Fall und bei der Konstatierung wird dann erst der Widerspruch aktuell und bedeutsam. Ebensowenig Sinn hätte ein nachträglicher Widerruf der Zustimmung, d. h. nach Abschluß des Geschäftes. Entweder man stimmt zu oder man stimmt nicht zu. Tertium non est. Im ersteren Fall ist eine nachträgliche Sinnesänderung nicht mehr zu berücksichtigen, im letzteren überflüssig.

Aus der Natur der Sache und dem in allen Rechtsgebieten durchgeführten Prinzip der Interessenkollision folgt, daß ein Widerspruch des Kommanditisten gegen Akte, die sich gegen ihn selbst richten, unbeachtet bleiben; man denke an den Fall des Protestes gegen seinen Ausschluß. Da das Prozeßgericht in seiner Entscheidung prüft, ob ein Grund dazu vorhanden ist, kann der Fall der Schikane hier speziell nicht vorliegen. Würde aber unter Vorschützung der Interessenkollision in irgendwelcher Richtung schikanös der Widerspruch des Kommanditisten beiseite geschoben, so stünde es ihm natürlich frei, durch Kündigung die Gesellschaft aufzulösen.[2])

Die Hauptsache wäre nun freilich, den Begriff des außerordentlichen Geschäftes genau zu umgrenzen. Allein eine feste Formel, in der man alle Kriterien desselben zum Ausdruck bringen könnte, läßt sich nicht finden. Bei der Mannigfaltigkeit der einschlägigen Verhältnisse kann nicht generell gesagt werden, was über den gewöhnlichen Betrieb des Gewerbes hinausgeht. Man muß hinsichtlich der Art und des Umfanges des Geschäftes immer von dem konkreten Handels-

[1]) Entscheidung OLG. Hamburg, Z, XXXV, 230.

[2]) §§ 131, 132, 161 Abs. 2 HG.

gewerbe ausgehen.[1]) Das letzte Wort hat der Richter. Immerhin fallen alle Geschäfte, welche höchst selten vorkommen, hierunter,[2]) ebenso solche, die zwar zum Betriebe des Geschäftes gehören, aber mit Rücksicht auf die Bedingungen oder Summen und Gefahren ungewöhnlich sind, mit anderen Worten Geschäfte von außergewöhnlicher Tragweite.[3])

Im einzelnen unterliegen gegebenenfalls alle Akte, die sich mit der Änderung der Gesellschaft befassen, dem Widerspruch des Kommanditisten. Man kann sie nach zwei Gesichtspunkten ordnen: Die einen treffen die Mitglieder, die andern die Gesellschaft. Unter den letzteren sind zu nennen: Wechsel der Firma, des Sitzes, der Vertretung; die Erteilung einer Prokura. Zu den ersteren gehören Veränderungen durch Neuaufnahmen, Austritt, Ausschluß oder Sukzession von Gesellschaftern. Ferner gehen über den gewöhnlichen Betrieb hinaus: Entschädigung und Honorierung der mit der Geschäftsführung betrauten Gesellschafter, wenn es nicht vertraglich vereinbart ist, Erlasse von Forderungen der Gesellschaft, Schenkungen aus ihrem Vermögen; Veräußerung, Verpfändung und sonstige Belastung von Grundstücken und der Beitritt der Gesellschaft zu einer anderen Firma.[4]) Selbstverständlich gehören hierher auch im Vertrage ausdrücklich ausgeschlossene Geschäfte.

Wird eines dieser Geschäfte ohne oder gegen den Willen des Kommanditisten vorgenommen, so macht sich der Zuwiderhandelnde und alle, die ihn hätten hindern können, solidarisch haftbar, wie schon oben angedeutet.

§ 5. Ausübung kollektiver Widerspruchsrechte.

Neben dem Widerspruchsrecht und dem bisher nur nebenbei erwähnten Kontrollrecht gibt es einen ganz kleinen Kreis von Handlungen, zu deren Vornahme das einmütige Zusammenwirken aller Gesamthänder erforderlich ist, um rechtliche Wirkungen zu erzeugen. Es ist jene Gruppe, in der das Gesamthandprinzip auch formell in sinnfällige Erscheinung tritt. Diese unscheinbaren Handlungen haben Rechtswirkungen von größter Tragweite und darin dürfte der Grund

[1]) ROHG. XX, 247.

[2]) Lehmann-Ring § 116, I HG.

[3]) Renaud 250.

[4]) Renaud a. a. O.

zu erblicken sein, warum hier das rechtliche Zusammenwirken Aller so streng durchgeführt ist.

Obenan steht die Errichtung der Gesellschaft, d. h. die Eintragung ins Handelsregister. Freilich steht die Mitwirkung der Kommanditisten insoferne der der Komplementare wieder nach, als sie weder berechtigt noch verpflichtet sind, die Firma zur Aufbewahrung beim Gerichte zu zeichnen. Dafür treffen aber bei Säumigkeit der Gesellschafter die Ordnungsstrafen ausschließlich die Komplementare.

Im Anschluß an die Errichtung sind eine ganze Reihe ähnlicher Registrierakte zu nennen, deren Betätigung das Gesetz strikte allen Gesamthändern gleichzeitig zur Pflicht macht. So Änderung der Firma, Verlegung des Sitzes der Gesellschaft,[1]) Eintritt eines neuen Kommanditisten. Ferner ist das Erlöschen der Firma, der Ausschluß von der Vertretung, die Anordnung von Gesamtvertretung, sowie jede Änderung in der Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter auch vom Kommanditisten anzumelden.[2]) Weiterhin die Auflösung durch Beschluß, das Ausscheiden eines Gesellschafters und die Fortsetzung nach Aufhebung des Konkurses durch Zwangsvergleich,[3]) Eintragung und Aufhebung einer Zweigniederlassung; die für die Vertretung der Gesellschaft in der Liquidation wichtigen Abmachungen über Persönlichkeit der Liquidatoren und ihre Befugnis einzeln aufzutreten. Endlich muß auch der Kommanditist zur Erlaubnis des Betriebs eines Konkurrenzgeschäftes durch einen Komplementar seine Zustimmung geben, wie auch das Wahlrecht zwischen dem Eintritt in die unerlaubten Geschäfte oder der Forderung von Schadensersatz, das aus dem unerlaubten Betrieb von Konkurrenzgeschäften resultiert, nur in Gemeinschaft mit dem Kommanditisten ausgeübt werden darf.

Ein Punkt bedarf noch besonderer Würdigung, da um ihn viel Streit herrscht. Das ist die Vertretungshandlung der Eidleistung vor Gericht. Wir stellen die Erörterung dieser Frage hierher, weil es strittig ist, ob auch die Kommanditisten mit den geschäftsführenden und vertretenden Teilhabern in corpore zur Eidesleistung berufen sind oder nur die Vertretungsberechtigten allein, weil es sich also eventuell um kollektive Tätigkeit handelt.

Vor allem ist hiebei zu unterscheiden zwischen Partei- und Zeugeneid. Das ist klar, daß jemand, dessen Parteiqualität einmal

[1]) §§ 107, 108 u. 162 HG.

[2]) §§ 157, 31, 125 Abs. IV HG.

[3]) §§ 143, 144 HG.; § 13 HG. u. § 131 GFFG.

festgestellt ist, nicht mehr zum Zeugeneid zugelassen werden darf. Nun geht aber die herrschende Meinung dahin, daß zur Eidesleistung nur die vertretungsberechtigten Komplementare berufen sind.

So sagt Seuffert:[1]) In den Prozessen einer OH. muß der Eid allen zur Vertretung berechtigten Gesellschaftern zu- oder zurückgeschoben werden. Hiefür ist gleichgültig, ob man die Gesellschafter oder Gesellschaft für Prozeßpartei betrachtet. Denn entweder kommen die Gesellschafter als Streitgenossen oder sie kommen als mehrere gesetzliche Vertreter der Gesellschaft in Betracht, auf die gemäß § 474 der § 472 ZPO. wieder anwendbar wäre. Einem von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter kann kein Eid zu- oder zurückgeschoben werden, weil die Leistung des Parteieides ein Akt der Prozeßführung ist, welche den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern nicht zusteht. Entsprechend verhält es sich mit der Zuschiebung des Eides an die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft."

Makower schreibt: „Da nur die vertretungsberechtigten Gesellschafter Eide für die Gesellschaft zu leisten haben, so sind Eide nicht von den Kommanditisten zu leisten." [2])

Die andere Meinung vertritt z. B. Lehmann:[3]) „Nach der herrschenden Ansicht (ROHG. XV, 6) ist im Prozeß der Kommanditgesellschaft der Eid von den vertretenden Komplementaren zu leisten. Richtiger Auffassung nach haben dagegen den Eid alle Gesellschafter zu leisten einschließlich der Kommanditisten. Die Kommanditisten können, da sie Partei sind, nicht als Zeugen vernommen werden." Und an anderem Ort: „Gierke betont mit gutem Grund (Genossenschaftstheorie S. 598 ff.), daß die Eidesleistung an sich nur eine feierliche Bekundung der Wahrheit sei, der Dispositivakt — es soll nämlich in der Leistung oder Verweigerung des Eides ein Dispositivakt zu erblicken sein, der nur von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern vorgenommen werden könne (ROHG. XXI, 344) — läge in der Annahme oder Zurückschiebung des Eides. Demgemäß haben richtiger Ansicht nach auch die von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter den

[1]) Seuffert (10) ZPO. § 472, 2; ebenso von den ZPO.-Kommentatoren: Struckmann-Koch (7) § 474, 1 Abs. 2; Wilmowski-Lewy (7) § 435, 1; Petersen (5) § 445, 12; 472, 2; 474, 4; ferner: Renaud 380; Staub § 124, 12 HG.; Makower § 124, II d; D, 92.

[2]) Makower § 170 HG.

[3]) Lehmann-Ring § 124, 5 u. § 170, 3.

Eid mitzuleisten, denn sie sind Mitträger der Parteirolle. Ein Gesellschafter, der gegen die Gesellschaft klagt, ist natürlich von der Eidesleistung ausgeschlossen."

Mir scheint die letztere Ansicht richtig zu sein, obwohl sie nur von der Minderheit vertreten wird. Die Gesellschafter sind Streitgenossen,[1]) soferne man die juristische Person verwirft und zwar alle mit Einschluß der Nichtvertretungsberechtigten. Ich glaube, daß man auf alle Teilhaber zurückgreifen muß, wenn es sich um einen Parteiakt handelt, der über die gewöhnliche gesellschaftliche Repräsentation hinausgeht. Ein solcher ist meines Erachtens die Eidesleistung ohne Zweifel. Es ist nur ein weiteres Glied in der Kette der oben angeführten „Kollektiv"-Akte, zu deren Ausführung wegen ihrer großen Tragweite die Gesamthänder in corpore berufen sind.[2])

Ganz konfus ist aber das Rechtsbild, das durch die Judikatur des Reichsgerichts geschaffen worden ist. Man sollte glauben, daß, wer nicht als Partei vernommen werden kann, doch mit ruhigem Gewissen als Zeuge aussagen könne. Der alte, einfache Rechtssatz besagt doch nur: kein Zeuge zum Parteieneid, keine Partei zum Zeugeneid![3])

Aber dem ist nicht so bezüglich der Kommanditisten und der von der Vertretung ausgeschlossenen Komplementare. Dieser Widerspruch ist dem klaren Blick Makowers denn auch nicht verborgen geblieben, obwohl er im übrigen die herrschende Meinung vertritt.

Er schreibt:[4]) „Nach RG. XXXII, 399 können in einem Rechtsstreit der Kommanditgesellschaft auch die nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter nicht als Zeugen vernommen werden, weil sie Partei seien. Diese Entscheidung scheint nicht haltbar. Wäre sie richtig, so würde das dazu führen, daß der Nichtvertretungsberechtigte überhaupt nicht gehört werden kann, weder als Zeuge noch (da ihm kein Eid zugeschoben oder auferlegt werden könne) als Partei.[5]) Die

[1]) Wach ZPO. 531; Seuffert oben.

[2]) Für unsere Ansicht: Keyßner, Z X 374; Thöl HR. (6) I § 96 Z. 3; Wach; Plank I, 211; Gierke; Seufferts Arch. XI, 196; XVIII, 99; XXIV, 291.

[3]) Makower § 124, II c HG.

[4]) cf. das Zugeständnis der Unzuträglichkeit in fine S. 399 der RGE.

[5]) cf. neueste RG. in dieser Frage 15. Nov. 1909, besprochen von Jäger im LZ. 1910 Nr. 2. Der innere Widerspruch anerkannt. Jäger erklärt, nicht die Parteifähigkeit, sondern Parteieidesfähigkeit bewirke den Ausschluß vom Zeugenbeweis. Gegen ihn Franke im Recht 1910, 376, der alle Gesellschafter als Streitgenossen zum Parteieid berufen erklärt.

Entscheidung tritt auch in Widerspruch zu den oben angeführten anderen Entscheidungen, nach denen jeder Gesellschafter im eigenen Namen bei einem Rechtsstreit der Gesellschafter intervenieren kann. Nur wer nicht Partei ist, hat ein Recht zur Intervention."

Weit einfacher liegt der Fall nach Lehmann. Er spricht den Kommanditisten Schwurfähigkeit in Parteisachen zu und nimmt ihnen die Zeugenschaft. Das Reichsgericht hingegen läßt sie beim Eid gewissermaßen nicht als Partei gelten, verweigert aber das zeugenschaftliche Gehör mit dem Hinweis auf ihre Parteiqualität. Auf der andern Seite aber gibt es der Möglichkeit wieder Raum, als Nebenintervenient aufzutreten, obwohl sonst der Grundsatz proklamiert wird, nur wer nicht Partei ist, hat ein Recht zur Intervention.[1])

§ 6. Ausübung der Kontrolle.

Als das letzte der gesetzlich gewährleisteten Rechte, auf Grund deren der Kommanditist tätig werden kann, ist das Kontrollrecht zu nennen. Freilich ist es, wie übrigens auch das oben behandelte Widerspruchsrecht in erster Linie ein Ausfluß des Bestrebens, dem Kommanditisten eine sicherere Stellung zu verschaffen. Allein indem er den Komplementaren auf die Finger sieht, nimmt er zugleich das Interesse der ganzen Gesellschaft wahr; die Solidität wird gefestigt.

§ 166 HG. hat dieses Recht erschöpfend geregelt. Die Vorschriften der OH. finden ausdrücklich hierauf keine Anwendung. Im übrigen ist alles dispositiver Natur. Erweiterung und Einschränkung ist zulässig. Doch kann trotz vertraglicher Beschränkung das volle Recht des Gesetzes ausgeübt werden, wenn Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung vorliegt; dann lebt das Recht sogar für frühere Rechnungsjahre wieder auf. Verjährung durch Nichtausübung ist ausgeschlossen.

Auf Grund § 166 HG. ist nun der Kommanditist befugt, jährliche Abschrift der Bilanz zu fordern und die Bücher und Papiere zum Zwecke der Prüfung ihrer Richtigkeit einzusehen. Diese Einsichtnahme erstreckt sich auf alle Bücher und Papiere, auch auf in der Bilanz nicht angezogene. Sind mehrere Kommanditisten in der Gesell-

[1]) Die Begründung RG. V, 71 ist bei ihrer Kompliziertheit schwer verständlich; vgl. auch Gorski 70; er vindiziert die Eidesleistung wenigstens auch für die nicht vertretungsberechtigten Geschäftsführer.

schaft, so kann jeder einzelne unabhängig von den anderen sein Recht ausüben, es sei denn, daß sie vertragsmäßig zu diesem Zwecke oder überhaupt zu einer Einheit zusammengefaßt sind, wie es z. B. bei den Erben eines Kommanditisten gewöhnlich der Fall ist. Für diese versieht dann ein aus der Mitte gewählter Vertreter oder der gesetzliche Vertreter die Kontrolle. Sie ist also ein ius personalissimum; dennoch ist die Zuziehung eines Sachverständigen kein gesetzlicher Verstoß, da sonst für einen nicht bilanzgewandten Teilhaber die ganze Kontrolle illusorisch wäre. Natürlich darf aber der zu Rate Gezogene kein Konkurrent sein. Mißbrauch in dieser Richtung kann der Komplementar durch Verweigerung der Büchereinsicht schließlich durch Richtspruch verhindern.[1])

Hat der Kommanditist die Bilanz in dem einen oder anderen Punkt ohne Erfolg beim Komplementar beanstandet, so kann er eine Klage auf Berichtigung des Abschlusses anstellen, d. h. er kann beantragen, daß ihm der Jahresgewinn in höherer Summe ausbezahlt werde. Zur Begründung genügt der Nachweis, „daß die Aktiva gar nicht oder zu niedrig vorgetragen, oder daß die Passiva zu hoch veranschlagt oder ungeachtet ihres Nichtbestandes bezw. ihrer rechtlichen Unstatthaftigkeit eingestellt worden sind.“ [2])

Die Klage betrifft das innere Verhältnis der Gesellschaft und richtet sich als actio pro socio nicht gegen die Gesellschaft, sondern gegen den oder die für die Geschäftsführung verantwortlichen Teilhaber.

Eine Klage auf Rechnungslegung selbst darf man wohl nicht annehmen, wie Renaud und Puchelt tun.[3]) Doch kommt die eben besprochene Bilanzanfechtung im Effekt auf dasselbe hinaus.

Liegen wichtige Gründe vor, so erfährt die an sich magere Kontrolle eine beträchtliche Erweiterung. Der Kommanditist kann jederzeit auf sofortige Aufklärung und Vorlegung der Bücher und Papiere dringen. Er wendet sich mit seinem Antrag an den Registerrichter. Dieser hat tunlichst auch den Gegner zu hören. Die Entscheidung darüber, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist in das Ermessen des Richters gestellt. Als durchschlagend gelten: gewagte Spekulationen des Komplementars, Liederlichkeit der Buchführung, bedenkliche, die Auflösung nahelegende Lage des Geschäfts. Das ergangene Urteil

[1]) Renaud 328; Lehmann-Ring § 118, 2 HG.

[2]) Renaud 243; Lehmann-Ring § 166, 3 HG.

[3]) Staub § 161 Anm. 1 HG.

gilt nur für den einzelnen Fall, nicht in dem Sinne, daß nun der Kommanditist jederzeit die Bücher und Papiere auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes und ohne einen Richterspruch abzuwarten, einsehen könne.

Übrigens hält Makower die gerichtlich für den Kommanditisten erwirkte Verfügung für weitergehend als das ohne Dazwischentreten des Gerichts zustehende Recht.[1])

Das bisher betrachtete Kontrollrecht wird ergänzt durch die dem Kommanditisten ebenso wie dem Komplementar zustehende Befugnis, durch Einreichung einer Klage die Niederlegung der Geschäftsführung eines damit betrauten Gesellschafters zu erzwingen; § 117 und § 127 finden auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung.[2])

Durch unordentliche, nachlässige oder sonstwie tadelnswerte Geschäftsführung wird das Interesse der Gesellschaft verletzt. Diesem muß gesteuert werden können. Die Klage auf Niederlegung der Geschäftsführung bezw. Vertretung ist das Mittel hiezu. Auf diese Weise kann jede Art der Geschäftsführung oder Vertretung entzogen werden, gleichviel ob sie auf Gesetz oder Vertrag beruht, ob sie Einzel- oder Kollektivgeschäftsführung bezw. Vertretung ist.[3]) Ebensogut kann die Geschäftsführung bezw. Vertretung allein genommen werden — in der Praxis wird das ja freilich selten vorkommen.

Wie betont, steht beiden Arten von Gesellschaftern die Möglichkeit der Einbringung dieser Klage offen. Freilich genügte es nicht, wenn bei einer Mehrheit von Gesellschaftern der Kommanditist allein den Antrag einbrächte. Er kann vielmehr nur mit Zustimmung aller übrigen Komplementare und Kommanditisten, gegen die sich die Klage nicht richtet, eingereicht werden oder doch mit Zustimmung der Majorität, falls es so im Vertrag vorgesehen ist. Wenn nur ein Komplementar vorhanden ist, dann muß die Klage auf Entziehung selbstverständlich von dem oder den Kommanditisten allein anhängig gemacht werden.

Auch diese Klage geht nicht gegen die Gesellschaft, sondern als eine res interna gegen den oder die zu disziplinierenden Gesellschafter. Gibt es eine Minderheit, die der Klage widerspricht, so kann gegen sie besonders geklagt werden auf Anerkennung der Entziehung.[4])

[1]) Makower § 166, II; anders Staub.

[2]) Lehmann-Ring § 170, 3 HG.

[3]) Staub § 117 wie schon Renaud 284 zur unklaren Fassung des ADHG.

[4]) Lehmann-Ring § 117, 4 HG.; Renaud 286.

Die Beurteilung der Frage, ob ein Grund zur Entziehung vorliegt, ist, wie immer in ähnlichen Lagen, auch hier dem Richter überantwortet. Das alte HG. hob folgende Fälle ausdrücklich hervor, so daß die Klage immer gerechtfertigt war:[1])

a) Wenn ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt.

b) Wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtung unterläßt.

c) Wenn ein Gesellschafter die Firma oder das Vermögen der Gesellschaft für seine Privatzwecke mißbraucht.

d) Wenn ein Gesellschafter durch anhaltende Krankheit oder aus anderen Ursachen zu den ihm obliegenden Geschäften der Gesellschaft unfähig wird.

Dieses Enumerationsprinzip ist aus dem neuen HG. verschwunden. Es spricht nur in allgemeinen Ausdrücken von „grober Pflichtverletzung" und „Unfähigkeit zu ordnungsmäßiger Geschäftsführung"; diese braucht nicht verschuldet zu sein.

Die gerichtliche Ausschließung eines Gesellschafters kann auch Anlaß zu anderweitiger Regelung geben. Es kann die Klage mit einer Übertragung der Geschäftsführung auf einen andern abschließen. Diese Notwendigkeit ergibt sich besonders dann, wenn außer dem zu enthebenden Gesellschafter kein anderer geschäftsführender Kompagnon mehr vorhanden ist. In diesem Fall kann das Gericht durch einstweilige Verfügung die Geschäftsführung an einen nicht geschäftsführenden Komplementar oder Kommanditisten oder irgend einen Dritten überweisen.

Diese Verfügung unterliegt allerdings der Änderung durch die Gesellschafter, sie ist nur provisorischer Natur. Denn zu solch einschneidender Anordnung ist, wie wir oben gesehen haben, die Zustimmung aller Teilhaber nötig, da sie über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgreifen. Doch berührt diese Frage nur indirekt unser Thema: zu zeigen, wie auch auf Anstoß des Kommanditisten große Umwälzungen im inneren Betrieb zustande kommen.

[1]) ADHG. Art. 101 u. 125 Abs. 3 Z. 2—5.

III. Tätigkeit auf Grund Vertrages.

A. Rechtliche Beurteilung.

§ 7. Als Prinzipal.

Unsere nächste Aufgabe ist es nun, zu untersuchen, in welcher Art und in welchem Umfange dem Kommanditisten auf Grund Vertrages Aktivität eingeräumt wird, welche Abweichungen von dem gesetzlichen Typus hinsichtlich Geschäftsführung und Vertretung möglich und wie sie rechtlich zu beurteilen sind. Da ergibt sich denn die Notwendigkeit, eine reinliche Scheidung vorzunehmen, welche aus der Verschiedenheit der rechtlichen Grundlagen dieser Tätigkeit folgt. Die Grundlage ist nämlich entweder der Gesellschaftsvertrag, ein Auftrag, Dienstmiete oder Werkvertrag.

Basiert die Geschäftsführung des Kommanditisten auf dem Gesellschaftsgründungsvertrag oder einer späteren Änderung desselben, so ist er Geschäftsherr, Prinzipal in Ausübung derselben und nimmt im Zweifel die Stellung eines geschäftsführenden Komplementars von gesetzlichem Typus ein.[1])

In allen anderen Fällen geht er seiner Prinzipalschaft verlustig und steht in einem obligatorischen Verhältnis zur Gesellschaft wie es der konkrete Vertrag mit sich bringt; er ist entweder Beauftragter, zu allgemeinen oder kaufmännischen Diensten gegen Entgelt Angestellter — im letzteren Fall also Handlungsgehilfe — oder Lieferungsverpflichteter.[2])

Es liegt auf der Hand, daß beide Gruppen auseinander gehalten werden müssen, da bei ihrer Beurteilung ganz verschiedene Maßstäbe anzuwenden sind — hier die allgemeinen Grundsätze über Auftrag, Dienstvertrag entsprechend modifiziert durch §§ 59 ff. HG., oder Werkvertrag; dort die gesetzlichen Vorschriften über das Gesellschafterverhältnis — und demgemäß verschiedene Ergebnisse bezüglich Haftung, Befugnisse, Endigung etc. resultieren. Außerdem ist

[1]) Staub, Makower zu § 164 HG.

[2]) Lehmann-Ring § 164, 5 HG.

nicht zu vergessen, daß dem Kommanditisten-Geschäftsführer als Prinzipal niemals Vertretungsmacht zusteht (HG. § 170).[1]) während seine Bestellung als Beauftragter oder Handlungsgehilfe in Verbindung mit der Erteilung einer Handlungsvollmacht im weitesten Sinn regelmäßig der einzige Weg ist, auf dem ihm Vertretungsakte für die Gesellschaft ermöglicht werden.

Wenn wir uns zunächst mit des Kommanditisten Verwendung in seiner Stellung als dominus negotii näher befassen wollen, müssen wir uns eingangs mit der Streitfrage abfinden, ob der Kommanditist als solcher eigentlich Kaufmann ist.[2]) Denn in einigen, wenn auch unbedeutenden Punkten wird die Beurteilung der Geschäftsführung des Kommanditisten verschieden beeinflußt, je nachdem man ihm Kaufmannseigenschaft zuspricht oder bestreitet. Die wichtigste praktische Konsequenz bezüglich der Geschäftsführung ergibt sich für die Berechnung von Zinsen für gemachte Ausgaben in Geld, bei Schadensersatzansprüchen u. dgl. Ist der Kommanditist Kaufmann, so stehen ihm 5 % zu,[3]) ist er es nicht, so muß er sich mit 4 % begnügen.[4]) Die Kaufmannseigenschaft, einmal begründet, gilt ja nicht nur nach außen, sondern auch nach innen.[5])

Der Angelpunkt der Streitfrage liegt, wie Wendt schon betont hat, darin, ob der Kommanditist ein Handelsgewerbe betreibt, oder genauer, ob das Handelsgewerbe der Kommanditgesellschaft im Namen des Kommanditisten betrieben wird.

Geht man davon aus und legt man die bisher allgemein angenommene Ansicht zu Grunde, daß ein Handelsgewerbe derjenige betreibt, welcher Subjekt der aus der handelsgewerblichen Tätigkeit erwachsenden Rechte und Verbindlichkeiten wird, so kann man schlechterdings nicht anders, als dem Kommanditisten Kaufmannseigenschaft zugestehen. Denn dies trifft für den Kommanditisten zu. Daß er nur mit einer beschränkten Summe haftet,[6]) bedeutet nichts

---

[1]) Auf Grund Gesellschaftsvertrags kann der Kommanditist niemals „Vertreter" der Kommanditgesellschaft werden. Ganz falsche Ansicht hierüber: Monatsschrift für Bank- und Handelswesen 1909 S. 161.

[2]) Literatur hiezu bis 1907 bei Pappenheim, Kieler Festgabe für Hänel 1907, S. 145/6.

[3]) § 352 HG.

[4]) § 288 BGB.

[5]) ROHG. III, 141; XII, 386.

[6]) eingewendet von Seligmann. Kielhorn. Staub; Goldmann § 7 Anm. 2; Endemann Handb. I, 138.

für die Entscheidung dieser Frage. Pappenheim hat dies zuletzt in lichtvoller Weise auseinander gesetzt.[1])

Die gemeinschaftliche Firma umfaßt alle Teilhaber, gleichviel ob ihre Namen in der Firma enthalten sind oder nicht.[2]) Der Kommanditist ist ebenso Herr und Inhaber des Geschäfts wie der Komplementar. Dem wurde an anderer Stelle im HG. deutlich Ausdruck verliehen. § 28 HG. steht geschrieben, daß nach Eintritt eines Kommanditisten in eine Firma die Gesellschaft für Verbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers haftet. Ist nun der frühere Geschäftsinhaber ein Einzelkaufmann gewesen, so ist er nach dem Eintritt des Kommanditisten nicht mehr d e r Geschäftsinhaber, sondern er teilt diese Eigenschaft mit dem Kommanditisten.

Ferner ist zu beachten, daß auch, wenn nur ein Komplementar neben einem Kommanditisten vorhanden ist, in die Firma ein das Gesellschaftsverhältnis andeutender Zusatz aufgenommen werden muß (§ 19 Abs. 2 HG.). Die Firma bedeutet den Geschäftsinhaber; dieser ist also nicht der Komplementar allein, sondern er und der Kommanditist zusammen.

Auch Sohm entging die Richtigkeit solcher Deduktionen nicht; da er aber im Gefolge der herrschenden Lehre prinzipiell gegen die Kaufmannsqualität des Kommanditisten ist, sucht er der durch den gewichtigen Vorstoß Pappenheims — und später noch mehr durch Bolze und Pappenheim — ins Wanken geratenen herrschenden Ansicht durch Einführung eines ganz neuen Kaufmannskriteriums Halt zu verleihen.[3])

Nach seiner dermaßen ad hoc konstruierten Theorie ist Kaufmann der zur Leitung eines Handelsgewerbes im Außenverhältnis kraft eigenen Rechts Berechtigte. Das trifft für den zu, welcher die Vertretung hat. Da der Kommanditist gesetzlich von der Vertretung ausgeschlossen, ist er ohne Leitungsrecht, ist er nicht Kaufmann, der Komplementar dagegen hat Vertretung und Leitung, er betreibt im eigenen Namen und ist deshalb Kaufmann.

Pappenheim und in ähnlicher Weise Bolze heben demgegenüber mit Recht hervor, daß es sich gerade frage, ob der Komplementar nicht

---

[1]) Pappenheim, Kieler Festgabe S. 150 ff.; ebenso Bolze im Recht 1909 S. 570 ff.; selbst Sohm LZ. 1909 S. 594, 595.

[2]) Auch von den Gegnern der Kaufmannschaft des Kommanditisten zugegeben; cf. Kielhorn 11, Staub § 1 Anm. 18 HG.

[3]) Sohm LZ. III (1909) 594 ff.

zugleich das Leitungsrecht des Kommanditisten ausübe, welches dieser nur kraft besonderer gesetzlicher Regelung nicht auszuüben imstande sei.[1])

Übrigens wurzelt dieses Leitungsrecht auch nach Sohm in der Inhaberschaft. Daß aber der Kommanditist nicht Mitinhaber des Geschäftes ist, kann nur entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes behauptet werden, wie wir oben gesehen.

Aber abgesehen davon, wäre es schlechterdings nicht zu verstehen, warum der durch Vertrag von der Vertretung ausgeschlossene Komplementar, dessen Leitungsrecht in diesem Fall tatsächlich nicht nur ruht, sondern nicht vorhanden ist, Kaufmann ist, während der Kommanditist, dessen Stellung sich von der eines solchen Komplementars, wenn man die Haftung außer Betracht läßt, gar nicht unterscheidet, nicht Kaufmann sein sollte.

Auch die von Kielhorn und Seligmann zusammengestellten Konsequenzen können nicht gegen die Kaufmannschaft des Kommanditisten ins Feld geführt werden angesichts des offenbaren Gesetzeswillens. Ja, meines Erachtens bilden sie nicht einmal die auch von Pappenheim gerügten Unzuträglichkeiten, wenn man strikte betont, daß der Kommanditist eben nur als solcher Kaufmann ist, als der er ja zu Rechtsgeschäftsabschlüssen nicht legitimiert erscheint. Dann ergibt sich auch nicht Gelegenheit z. B. die Sondervorschriften bezüglich der Handelsgeschäfte, § 362, § 344 HG. u. a., auf ihn anzuwenden wie Kielhorn selber bemerkt (S. 52).

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß der Kommanditist als solcher Kaufmann ist und auch in Ausübung der Geschäftsführung als Prinzipal bleibt.[2])

Die Vorschriften des HG. über die Geschäftsführung sind etwas knapp; da sie aber nicht zwingend sind, bleibt der Privatwillkür freie Entfaltung innerhalb der Grenzen, welche das Gesetz eingehalten wissen will. So kann persönlichen Wünschen und Verhältnissen innerhalb der Organisation Rechnung getragen werden. Es ist klar, daß eine Handelsgesellschaft, die eine Mehrzahl von Personen und eine Fülle von Rechtsverhältnissen mit sich bringt, im Vertrage klipp und

[1]) Pappenheim LZ. IV (1910), 5; Bolze, Recht XIII, 576.

[2]) ebenso: Lehmann-Ring § 1, 13; Pfennig 31; Wieruszowski: Handbuch des Eherechts II, 252 f.; Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts S. 66 f.; Pappenheim a. a. O.; Bolze a. a. O.; Cosak (7) S. 701 (1910).

klar ausgesprochen haben muß, was unter den Gesellschaftern Rechtens sein soll hinsichtlich der Einlage, Ansprüche auf Zinsen, Geschäftsführung etc., um Mißverständnisse und Rechtsstreite zu verhüten.

Es ist denkbar, daß ein Kommanditist in irgend einer Richtung verwertbare Fähigkeiten besitzt oder sich als tüchtige Arbeitskraft erweist. Die Gesellschaft wird sich dann klugerweise bemühen, ihn zur aktiven Mitarbeit im gemeinsamen Interesse zu gewinnen.

Als Prinzipal freilich steht dem Kommanditisten nur der Kreis offen, den die Geschäftsführungsbefugnis im juristischen Sinn mit sich bringt. Er kann wohl Geschäftsabschlüsse anordnen, über Ein- und Verkauf nach Zeit, Ort, Art und Umfang Dispositionen erteilen z. B. bei seiner gründlichen Kenntnis des Hölzermarktes bestimmen, welche Harthölzer zur Möbelfabrikation und wo und wann sie zu kaufen sind. Selbständig abzuschließen ist er, als Prinzipal ohne Vollmacht, nicht imstande.

Was das Arrangement der Geschäftsführung des Kommanditisten betrifft, so greifen die gleichen Abstufungen Platz wie bei den Komplementaren, die es ermöglichen, die jeweiligen besonderen Eigenschaften des Kommanditisten-Geschäftsführers auszunützen resp. auch zu unterdrücken. So gibt man ihm entweder eine oder mehrere Sparten zur Bearbeitung oder man räumt ihm das Recht ein, in Allem selbständig zu handeln oder endlich man bindet ihn an die Mitwirkung eines oder mehrerer anderer Geschäftsführer, um dem Risiko seiner Alleingeschäftsführung nicht preisgegeben zu sein.

Unter den Formen der auf Sparten beschränkten Geschäftsführung ist hervorzuheben die Buchführung, Erledigung der Korrespondenz, Lagerverwaltung usw.; sie sind für den Kommanditisten besonders geeignet, weil hiebei ein Übergriff in die Repräsentation nicht zu befürchten ist. Die freieste Bewegung gewährt natürlich die Ganzgeschäftsführung, indem sie den Kommanditisten-Geschäftsführer zu allen zum gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes gehörigen Geschäften in gleichem Maße wie die andern Geschäftsführer und selbständig berechtigt, begrenzt allerdings durch den Widerspruch der übrigen Gestoren.[1]) Er kann in Übereinstimmung mit diesen — bei Gefahr im Verzug oder laut Vereinbarung sogar selbständig — Prokura erteilen und ohne Befragen der anderen widerrufen.

[1]) § 115 Abs. 1 HG.

Eine Mittelstellung nimmt die wegen der gegenseitigen Kontrolle der Geschäftsführer nicht unbeliebte Kollektivgeschäftsführung ein.

Während Ganzgeschäftsführung und kollektive nur laut Vertrag oder späterer ausdrücklicher Vereinbarung statuiert werden können, kann die Arbeitsteilung innerhalb der Geschäftsführung auf zwei rechtlichen Basen beruhen: auf der persönlichen Verabredung der zur Geschäftsführung Berufenen unter sich. Dieser Modus hat keine ändernde Kraft bezüglich der Rechte und Pflichten der laut Vertrags (oder Gesetzes) zur Geschäftsführung Verpflichteten. Dadurch können z. B. auch den übrigen Geschäftsführern de facto die Lasten der Verwaltung abgenommen und dem Kommanditisten allein aufgebürdet werden, wenn dieser akzeptiert. Die Verantwortung wird damit nicht abgewälzt.[1]) Oder aber die Spezialisierung der Tätigkeiten ist im Vertrag oder in späteren Abmachungen vereinbart, wie die Ganz- oder Kollektivgeschäftsführung auch. Dann ist der Teilhaber zu der ihm zugewiesenen Sparte und nur zu dieser berechtigt und verpflichtet.

Ist dem Kommanditisten in solcher Weise Geschäftsführung übertragen, so wird bei Beurteilung seiner Tätigkeit der gleiche Maßstab angelegt, wie bei den Komplementaren: die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt; für vorsätzliche Pflichtverletzung, mag diese Pflicht im Vertrag oder Gesetz wurzeln, haftet der Kommanditisten-Geschäftsführer natürlich immer (§ 276 BGB.).

Besteht laut Vertrag, nicht laut privater Abmachung der Berufenen, Arbeitsgliederung, so hat, wie gesagt, der Kommanditist das ausschließliche Recht und die Pflicht zur Vornahme der ihm zustehenden Handlungen. Wie aber dadurch nicht das Recht und die Pflicht der Anderen zur beständigen Überwachung des Kommanditisten in seiner Tätigkeit ausgeschlossen ist – würden sie ja doch für den der Gesellschaft erwachsenen Schaden solidarisch haften! —, so hat auch der Kommanditist seinerseits außer seiner Spezialbefugnis das Recht zur Kontrolle der anderen Geschäftsführer in ihrer Wirksamkeit.[2])

Greift der Kommanditist über das ihm zur Bearbeitung zugewiesene Gebiet hinaus, so ist er natürlich der Gesellschaft ohne Rücksicht auf den Grad seines Verschuldens zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet. Bleibt er zwar innerhalb der ihm gezogenen

[1]) Renaud 278.

[2]) Gorski 87, gesteht in diesem Fall den auf einen Kreis beschränkten Geschäftsführern das volle Einspruchsrecht nicht zu.

Schranken, entstehen aber durch Außerachtlassen der ihm vorgeschriebenen Sorgfalt i. e. durch culpa in concreto Nachteile, so hat er nicht minder dafür aufzukommen.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie es sich mit der Haftung verhält, wenn keine Verteilung, sondern Ganzgeschäftsführung herrscht. Hier besteht das Verschulden neben eigener nachlässiger Ausführung besonders in Unterlassungen. Wenn ein Geschäftsführer zum Schaden der Gesellschaft, gleichviel ob mit oder ohne culpa in concreto, Geschäfte verrichtet, so haftet der Kommanditist wie alle übrigen noch vorhandenen Geschäftsführer solidarisch für den Schaden, wenn bei ihm Nichtbeachtung der diligentia quam suis rebus vorliegt, d. h. wenn er die Geschäfte selbst oder ihre unordentliche Ausführung seitens des Schadenstifters nicht verhindert hat, obwohl er Kenntnis von ihnen und ihrer schädigenden Wirkung gehabt hat oder bei Anwendung der diligentia quam suis hätte haben müssen.[1])

Schließlich noch zur Kollektivgeschäftsführung. In diesem Falle haben Geschäftsführungshandlungen des Kommanditisten zu unterbleiben, wenn die zuvor einzuholende Zustimmung der übrigen Geschäftsführer nicht erwirkt wird. Aber auch diese können ohne seine Einwilligung nichts unternehmen. Doch ist es jedem Geschäftsführer unbenommen, die nötige Zustimmung im voraus für einzelne Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften zu erteilen. Dadurch verliert er aber nicht das Recht, trotzdem nachträglich eine einschlägige Handlung durch Widerspruch zu inhibieren. Auch bei Erteilung und Versagung der Zustimmung ist natürlich die gehörige Sorgfalt zu verwenden. Die Prokuraerteilung erleidet bei dieser Geschäftsführungsart keine Änderung. Sie bedarf gewöhnlich schon der Zustimmung sämtlicher Geschäftsführer und dies gilt auch für die Kollektivgeschäftsführung. Der Widerruf der Prokura dagegen kann hier nur gemeinsam erfolgen.

Alle Bestimmungen über Kollektivgeschäftsführung verlieren ihre Kraft bei Gefahr im Verzug. Jeder, demgemäß auch der Kommanditisten-Geschäftsführer, darf und soll in diesem Falle das zur Abwendung des vom Verzug drohenden Schadens Zweckmäßige tun, ohne die Zustimmung der Kollegen abwarten zu müssen. Doch muß er, soweit dies nach Lage des Falls angängig ist, wenigstens versucht haben, den

[1]) Renaud 254.

Konsens der Übrigen einzuholen. Ist es möglich, einen Teil der anderen zu befragen, so hat er sich wenigstens an diese zu wenden.[1])

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß hier besonders die Unterlassungen für die Haftung großes Interesse bieten, nämlich die Unterlassung, die Zustimmung zu erteilen oder zu versagen, oder selbständig bei Gefahr im Verzug vorzugehen.

Dabei ist eine interessante Nuance hervorzuheben. Sind alle Geschäftsführer einer Unterlassung überführt, so haften sie solidarisch für den Schaden. Haben nur einige diese Unterlassung verursacht, indem sie z. B. ihre Zustimmung verweigerten, wozu sie bei diligentia quam suis nicht hätten kommen dürfen, so haften zunächst nur sie der Gesellschaft. Die Haftung erstreckt sich aber weiterhin auch auf alle anderen, sofern sie die Gefahr im Verzug erkannten oder hätten erkennen müssen, aber nicht handelten, wie es die diligentia quam suis erforderte.[2])

„Gefahr im Verzug ist dann allein vorhanden, wenn es sich um Abwendung eines Schadens, welcher nur durch raschen Entschluß vermieden werden kann, handelt, dagegen nicht in dem Falle, daß in Ermangelung schleunigen Handelns ein zu erzielender Gewinn der Sozietät zu entgehen droht.“ [3])

Diese Definition erscheint zu eng. Da es der Zweck alles kaufmännischen Betriebes ist Gewinn zu erzielen, — die Spekulationsabsicht verleiht ja doch dem gewerbsmäßigen An- und Verkauf der Waren, das Kriterium des Kaufmännischen im Sinne § 1 HG. — so ist als Schaden ebenso der Entgang von möglichem Gewinn zu erachten.[4])

Schaden, der trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt entstanden ist, kann weder die Gesellschaft noch der einzelne Kompagnon von dem Kommanditisten ersetzt verlangen. Dagegen stehen ihm selber für unfreiwillige Opfer aus der Geschäftsführung oder für Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, z. B. Geldeinbußen oder Körperbeschädigungen auf Geschäftsreisen u. dgl. Ersatzansprüche an die Gesellschaft zu.[5]) Aus gewöhnlichen Diensten, welche die

[1]) Z, XXI, 526.

[2]) Renaud 276; a. A. Gorski 76, 88.

[3]) Renaud 274.

[4]) So auch Staub § 115, 7 HG.

[5]) § 110 HG. Zinsen zu 5 %, wenn nicht anderes verabredet, weil hier seine Kaufmannsqualität nicht absorbiert wird von einem Abhängigkeitsverhältnis.

Geschäftsführung mit sich bringt, erwächst natürlich kein Honoraranspruch.[1]) Der Kommanditist, der von jeglicher Geschäftsführung ausgeschlossen, könnte dies, wie wir gesehen haben, in der Bilanzkontrolle beanstanden, wenn es nicht Vertragsbestimmung wäre. Gehören jedoch Tätigkeiten zur Geschäftsführung, zu denen eine besondere technische, wissenschaftliche oder künstlerische Vorbildung oder Fähigkeit unerläßlich, so ist es mangels vertraglicher Feststellung zweifelhaft, ob Entlohnung beansprucht werden kann. Übereinstimmend entscheiden die größeren Kommentatoren die Frage dahin, daß kein Honoraranspruch besteht, wenn der Zweck der Gesellschaft eine solche Tätigkeit erheischt oder wenn dem Kommanditisten gerade zu diesem Behufe Geschäftsführungsbefugnis erteilt worden ist.

Es bleibt nun noch übrig hervorzuheben, daß gemäß der dispositiven Natur des § 164 HG.[2]) kein Hindernis besteht, sämtliche persönlich haftende Gesellschafter von der Geschäftsführung auszuschließen. Geschieht dies unter Übertragung der Geschäftsführung auf den Kommanditisten, so nimmt letzterer mangels gegenteiliger Bestimmung auch diese Position als Prinzipal ein und vereinigt alle Befugnisse eines geschäftsführenden Komplementars in sich.[3]) Doch muß ganz klar im Vertrag bezw. seiner Abänderung ausgesprochen sein, daß die Komplementare ausgeschlossen sein sollen. Denn die bloße Erteilung der Gestionsbefugnis an den Kommanditisten ohne nähere Erklärung hinsichtlich der Komplementare berechtigt nicht nach Analogie § 114 Abs. 2 HG. zur Annahme, daß hierin der Ausschluß der Komplementare zu erblicken sei.

Ist der Kommanditist allein zur Verwaltung berufen, so gelten für das innere Verhältnis alle Regeln, die für den Komplementar Geltung hätten. Er hat das Recht und die Pflicht zur Vornahme aller zum gewöhnlichen Betriebe der Gesellschaft gehörigen und notwendigen Handlungen. In dieser Tätigkeit, innerhalb dieser Grenzen, vermag ihn keinerlei Widerspruch der Teilhaber zu beeinträchtigen, da diese durch Ausschluß von der Geschäftsführung das Widerspruchsrecht verloren haben. Auch kann er gegen seinen Willen aus dieser Stellung nicht verdrängt werden, solange nicht ein richterliches Urteil auf Niederlegung der Geschäftsführung wegen einer rechtmäßigen Ursache erwirkt ist. Er kann Prokura erteilen und widerrufen und kann,

[1]) Staub, Lehmann-Ring zu § 110 HG.; Oertmann (1910) § 713, 3 S. 870.

[2]) RG. XXXI, 73.

[3]) RG. XXXI, 39; Staub § 164, 7 HG.

sofern der Vertrag nichts anderes bestimmt, seine Person einem anderen substituieren, ohne freilich dadurch der Pflichten gegenüber der Gesellschaft ledig zu werden. Er haftet in diesem Falle gemäß § 664 BGB. für das Verschulden des Gehilfen. Überhaupt greifen die gleichen, oben dargelegten Grundsätze bezüglich der Verantwortlichkeit des Kommanditisten-Geschäftsführers gegenüber den Teilhabern Platz. Der Unterschied ist nur, daß sich bei 1 Geschäftsführer weniger verwickelte Verhältnisse ergeben als bei mehreren.

Ist der Kommanditist in der besprochenen Weise zum Geschäftsführer ernannt, so hat er nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Führung der Geschäfte. Er kann auf Leistung seiner Dienste verklagt werden.[1]) Sind jedoch Änderungen in den Verhältnissen eingetreten, welche ihm ein Recht geben, seine Geschäftsführung zu beenden, dann kann er seinerseits sie kündigen analog § 712 Abs. 2 BGB. Mit der Kündigung erlischt das Recht und die Pflicht zur Geschäftsführung. Zur Unzeit darf er aber nicht kündigen, da er sonst schadensersatzpflichtig würde, es sei denn ein wichtiger Grund für die Kündigung zur Unzeit vorhanden.

Alle aufgeführten Konzessionen an den Kommanditisten bewegen sich, das sei noch einmal hervorgehoben, auf dem Gebiete der Geschäftsführung. Keineswegs geht damit die Vertretungsmacht auf ihn über. Diese verbleibt nach wie vor den persönlich haftenden Gesellschaftern. Möglicherweise, auch wenn sie von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.

Im Anhang zu diesen Ausführungen erübrigt es sich, noch auf die Anwendbarkeit des Konkurrenzverbotes auf den Kommanditisten-Geschäftsführer einzugehen. Bekanntlich ist gemäß § 164 HG. der Kommanditist dem Verbote, ohne Einwilligung der andern Gesellschafter in dem Handelszweige der Gesellschaft Geschäfte zu machen oder an einer andern gleichartigen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilzunehmen, nicht unterworfen. Es liegt nahe, daß sich Stimmen erheben, die das Verbot ohne ausdrücklichen Vermerk im Vertrag auf den Kommanditisten ipso iure ausgedehnt wissen wollen, sobald ihm irgend eine Geschäftsführungstätigkeit übertragen ist. Denn auf Grund seines Einblickes in die Betriebsverhältnisse stünde dem Kommanditisten Tür und Tor offen zu schrankenloser Ausbeutung seiner gewonnenen Kenntnisse in einem Konkurrenzgeschäft. Nichts wäre natürlicher, als daß man das Konkurrenzverbot auch auf ihn

[1]) Zwangsvollstreckung gemäß §§ 887, 888 ZPO.

stillschweigend ausgedehnt annehmen sollte. In der Tat entspräche dies dem Rechtsempfinden und der ratio legis. Dennoch muß man sich sagen, daß der Rechtssatz solange gilt, bis er geändert ist, auch wenn durch Wegfall des Grundes dem Rechtssatz schon vorher der Boden entzogen ist, ganz im Einklang mit dem Spruche: cessante ratione legis non cessat lex ipsa. Man darf deshalb in der Übertragung der Geschäftsführung an einen Kommanditisten nicht die stillschweigende Eliminierung des § 164 HG., d. h. die Unterstellung des Kommanditisten-Geschäftsführers unter das Konkurrenzverbot erblicken. Dieses muß sich vielmehr aus dem Vertrag ergeben.[1])

§ 8. Als Angestellter oder Beauftragter im weitesten Sinne.

Ganz andere Gesichtspunkte greifen Platz, wenn der Kommanditist auf Grund eines Dienstvertrages, Auftrags oder verwandter Verträge zur Tätigkeit für die Gesellschaft verpflichtet ist. Selbstverständlich ist er dann hinsichtlich dieser Tätigkeit nicht Gesellschafter, nicht Geschäftsherr, sondern erscheint als ein Dritter, der zwecks Leistung von Diensten, Herstellung eines Erfolges oder Geschäftsbesorgung in ein obligatorisches Abhängigkeitsverhältnis zur Firma getreten ist.

Dieses Verhältnis kann dem Kommanditisten einen mehr oder minder beträchtlichen Wirkungskreis eröffnen, je nachdem es mit einer Vollmacht verbunden ist oder nicht. Denn das ist gerade besonders zu betonen, daß in dieser Stellung dem Kommanditisten auch Vertretungsakte ermöglicht sind, wenn er mit Vollmacht ausgerüstet ist. Er ist dann natürlich nicht gesetzlicher Vertreter, sondern durch Rechtsgeschäft, nämlich Vollmachtserteilung, bestellter Handlungsbevollmächtigter im weiteren Sinn.[2])

Allerdings muß mit einer derartigen Verwendung des Kommanditisten nicht immer eine Vollmacht verbunden sein. Kann ihm ja sogar als Handlungsgehilfe eine solche abgehen, z. B. wenn er nur als Buchhalter, Korrespondent u. ä. angestellt ist.[3])

Was nun zunächst das Verhältnis des Kommanditisten zur Gesellschaft betrifft, so richtet sich die Beantwortung dieser Frage nach dem Umfang der Rechte und Pflichten, nach der Haftung, dem Entgelt,

[1]) Ebenso Staub § 165, 2 HG.; Makower I, S. 329; Goldmann § 165, 9; anders: Renaud 292, Wendt bei Endemann I, 451 u. a.

[2]) Dieser Ausdruck von Gareis 96.

[3]) cf. Gareis § 20, IV HG.

Ende etc. nach dem jeweils vorliegenden Vertrag. Dieser kann ein Dienstvertrag sein, modifiziert durch die Vorschriften des HG.[1]), wenn der Kommanditist als Handlungsgehilfe i. e. zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist, oder durch die Vorschriften der Gewerbeordnung, wenn er unter die Kategorie der Gewerbegehilfen fällt, z. B. als Chemiker, Ingenieur oder Maschinentechniker,[2]) oder endlich modifiziert durch § 675 BGB., wenn eine Geschäftsbesorgung Gegenstand des Vertrages ist, zutreffend beispielsweise für den zugleich als Syndikus oder Beirat der Kommanditgesellschaft angestellten, juristisch oder nationalökonomisch gebildeten Kommanditisten. Oder aber es liegt ein Auftrag, möglicherweise auch ein Werk-, Mäkler- oder Agenturvertrag zugrunde.

Alle diese Verträge machen den Kommanditisten für omnis culpa, nicht bloß für culpa in concreto haftbar. Ferner untersteht er dem Konkurrenzverbote, wenn es das Dienstverhältnis mit sich bringt, z. B. als Handlungsgehilfe, nicht notwendig als Prokurist,[3]) es sei denn ausdrücklich vereinbart, wenn er nicht zugleich Handlungsgehilfe ist. Er darf bei Erteilung von Prokura nicht wie als Prinzipal in Form seiner Zustimmung mitwirken; er darf Prokura auch nicht widerrufen und ist überhaupt nur zur Vornahme derjenigen Handlungen des Betriebs berechtigt, welche ihm vertragsmäßig als Arbeitsgebiet zugewiesen sind. Ferner darf er für vorgeschossene Gelder und Aufwendungen, welche er zum Zweck der Ausführung des Auftrags oder der Geschäftsbesorgung macht, Ersatz verlangen,[4]) wenn er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte, und gegebenenfalls Zinsen berechnen. Da er aber nicht als Gesellschafter tätig ist, seine Kommanditistenqualität und damit auch seine Kaufmannseigenschaft absorbiert ist von dem andersgearteten Vertragsverhältnis, darf er nur die gewöhnlichen 4% fordern. Betreffs des Entgelts wird hier nicht leicht ein Zweifel entstehen, es ergibt sich aus dem jeweiligen Vertrag. Als Handlungsgehilfe hat der Kommanditist natürlich Anspruch auf Entlohnung, ebenso bei entgeltlicher Geschäftsbesorgung, während für Ausführung eines Auftrags mangels näherer Erklärung strikte kein Honoraranspruch besteht.[5]) Erteilte Instruktionen muß

[1]) § 59 ff.

[2]) Gareis 91 HG.

[3]) Lehmann-Ring § 51, 4 HG. im Gegensatz zum ADHG.

[4]) §§ 670, 675 BGB.

[5]) § 662 BGB.

der Kommanditist beachten, widrigenfalls er zum Ersatz des daraus erwachsenen Schadens verpflichtet ist.

Das sind die Hauptrichtlinien für die Beurteilung des internen Verhältnisses zwischen dem so angestellten Kommanditisten und seinem Prinzipal, der Gesellschaft; zugleich zeigen sie die wichtigsten Unterschiede von seiner Tätigkeit als Prinzipal.

Bezüglich der Bedingungen, Folgen und Wirksamkeit der Tätigkeit des angestellten Kommanditisten nach außen muß man auf die allgemeinen Vorschriften über Vertretung und Vollmacht zurückgreifen und deren Modifikationen im HG.: Prokura und Handlungsvollmacht.

Sollen die Handlungen des Kommanditisten für die Gesellschaft verbindlich sein, so muß ihm zu ihrer Vornahme Vollmacht erteilt sein. Für die Erteilung gelten die allgemeinen Sätze des BGB.[1]) Sie kann gegenüber dem Dritten ebensogut erfolgen wie gegenüber dem Kommanditisten. Im ersteren Falle gilt sie freilich nur diesem gegenüber, es sei denn, daß sie durch Zirkular oder öffentliche Bekanntmachung allgemein verkündet wurde. Eine Form ist nicht zu beachten, jedoch ist zur Prokuraerteilung ausdrückliche Erklärung unerläßlich.

Die Bestellung des Kommanditisten zum Prokuristen kann durch die Gesellschaft in verschiedener Weise geschehen, sie kann Bestimmung des Gründungsvertrags sein oder durch späteren Beschluß der geschäftsführenden und vertretenden Gesellschafter erfolgen, aber auch auf einer persönlichen Disposition eines hiezu berechtigten Gesellschafters beruhen. Ausschlaggebend im Verhältnis der Gesellschafter ist in diesem Punkt die spezielle Organisation der Geschäftsführung, für die Wirksamkeit nach außen aber die Verteilung der Vertretungsmacht. Würde also ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener, aber vertretungsberechtigter Komplementar dem Kommanditisten Prokura erteilen, so müßte der Registerrichter sie eintragen und sie hätte volle Wirksamkeit nach außen, auch gegenüber dem Kommanditisten-Prokurist.[2]) Dagegen könnte eine von einem nicht vertretungsberechtigten Gesellschafter einem Kommanditisten erteilte Prokura nach außen nie Wirksamkeit erlangen, d. h. die Gesellschaft könnte sich mit Erfolg auf den Vertretungsmangel des Bevollmächtigten berufen.

---

[1]) § 167 Abs. 1 BGB. u. § 48 HG.

[2]) Staub § 126, 10 HG.

[3]) §§ 105, 165 BGB.

Um Prokurist zu werden, muß der Kommanditist natürlich die Bedingungen der Geschäftsfähigkeit erfüllen. Er kann Handlungsgehilfe sein, muß es aber nicht sein. Jedenfalls aber ist er nicht Prinzipal, denn der Prinzipal muß von dem Prokuristen verschieden sein.

Als Prokurist ist dem Kommanditisten ein umfangreiches Arbeitsfeld erschlossen. Er ist legitimiert zur Vornahme aller Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, ausgenommen die Veräußerung und Belastung von Grundstücken. Durch Spezialvollmacht kann er auch hiezu berechtigt werden, so daß seine Vertretungsmacht derjenigen eines gesetzlichen Vertreters analog, wenn auch nicht gleich ist. Denn abgesehen von der Verschiedenheit der rechtlichen Grundlage ist der Prokurist-Kommanditist außerstande, selbst Prokura zu erteilen, anderseits kann ihm seine Vertretungsmacht mit der Prokura jederzeit entzogen werden, während die gesetzliche Vertretung des Komplementars nur aus wichtigen Gründen durch gerichtliche Entscheidung verloren geht.[1])

Immerhin ist die Machtfülle des Kommanditisten-Prokuristen bedeutend, wenn man bedenkt, daß die Prokura Beschränkungen nach außen nicht zuläßt.[2]) Auch die Immobiliärklausel (§ 49 Abs. 2 HG.), Kollektivklausel (§ 48 Abs. 2 HG.) und Etablissementklausel (§ 50 Abs. 3 HG.) werden nicht als Beschränkungen angesehen.[3]) Wohl kann dienstlich oder auftragsgemäß der Tätigkeit des Kommanditisten-Prokuristen eine gewisse Richtung gegeben sein, mögen Schranken, Verbote, Instruktionen existieren, wegen deren Überschreitung oder Nichtbeachtung der Kommanditisten-Prokurist von der Gesellschaft zur Rechenschaft gezogen, bestraft, aus dem Dienstverhältnis entlassen und seine Prokura widerrufen werden kann, allein die nach innen unerlaubten Rechtsgeschäfte des Kommanditisten-Prokuristen haben nach außen volle Wirksamkeit. Weder die Gesellschaft noch der Dritte können sich auf die Überschreitung der innen wirksamen Schranken berufen; der Dritte etwa in dem Falle, daß er das Rechtsverhältnis dadurch gern rückgängig i. e. ungültig machen möchte, wenn sich ihm nachträglich eine günstigere Abschlußgelegenheit böte. Die Prokura ist eben eine absolute, eine abstrakte Vollmacht,[4]) während

[1]) § 161 Abs. 2; § 127 HG.

[2]) § 50 HG.

[3]) Staub zu § 50 HG.

[4]) Staub § 50, 2b HG.; Lehmann-Ring § 50, 1 HG.

die gewöhnliche Vollmacht des BGB. im Zweifel von dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis bestimmt wird.

Ist dem Kommanditisten Prokura in Verbindung mit andern Prokuristen erteilt, so daß sie nur zusammen handeln können, so ist eine subjektive, aber nicht objektive Beschränkung vorhanden.[1]) Sie bedarf allerdings der Eintragung, sonst kann diese „Gesamtprokura" dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden, was natürlich auch von der Prokura überhaupt gilt.[2])

Möglich ist auch, daß dem Kommanditisten Prokura in Verbindung mit einem Komplementar erteilt ist. Dann sind die Befugnisse des Kommanditisten-Prokuristen nicht durch § 49 HG. umgrenzt, sondern sie greifen weiter. Denn der vertretungsberechtigte Gesellschafter soll nur subjektiv beschränkt werden, insoferne er zur selbständigen Vertretung nicht berechtigt sein soll. Nicht aber soll seine Macht objektiv auf die geringere Ausdehnung der des Prokuristen reduziert werden. Dies läßt ja schon § 126 HG. nicht zu. Im Gegenteil, die Befugnisse des Prokuristen erfahren eine Erweiterung, so daß er bei allen Rechtsgeschäften mitwirken kann, die jeder Gesellschafter im Fall selbständiger Vertretung vorzunehmen berechtigt wäre.[3])

Im einzelnen ist der Kommanditist-Prokurist zu allen Geschäften berechtigt, welche in den Betrieb eines Handelsgewerbes fallen können u. a.: An- und Verkauf von Waren, Geldbeschaffung durch Darlehensaufnahme, Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, Prozeßführung. Er kann Hilfskräfte einstellen und entlassen, darf jedoch keine weitere Prokura erteilen. Ferner ist er zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nur mit spezieller Vollmacht berechtigt, was aber für den Erwerb und die Entlastung nicht gilt.

Schließlich verdient noch hervorgehoben zu werden, daß der Kommanditist-Prokurist auch allein an die Spitze der Gesellschaft berufen werden kann, dann nämlich, wenn allen Komplementaren die Vertretungsmacht entzogen ist. Dies ist ebensowenig unmöglich wie der Ausschluß der Komplementare von der Geschäftsführung.[4]) Ein

---

[1]) a. A. Gareis-Fuchsberger S. 143 Nr. 22.

[2]) § 53 Abs. 1 Satz 2 u. § 15 HG.

[3]) ebenso Lehmann-Ring § 125, 11 HG.; Staub § 50, 5 u. § 125, 16 HG.; Makower § 125, IVa HG.; Johow XV, 97; Hellwig 274, 27; dagegen: D. 99; Düringer-Hachenburg I, 170; Gareis-Fuchsberger § 127, 7.

[4]) Renaud 364; Johow X, 28; Makower § 125, Vb HG.; Lehmann-Ring § 125, 8 HG.; Gorski 54; Pappenheim LZ. 1910 S. 8; dagegen: Staub § 125, 3 HG.; Bacmeester Z. LV, 417; Sohm LZ. 1909 S. 600.

solcher Ausschluß hat jedoch mangels näherer Erklärung nur die Wirkung, daß Gesamtvertretung aller Gesellschafter inkl. den Kommanditist-Prokuristen besteht. Denn irgend ein Bindeglied zwischen Gesellschaft und Außenstehenden und auch dem Prokuristen, muß ja vorhanden sein.[1])

Im wesentlichen ähnlich liegen die Verhältnisse, wenn dem Kommanditisten eine Handlungsvollmacht erteilt ist, sei sie General-, Spezial- oder Einzelhandlungsvollmacht. Auch hier ist die Verschiedenheit der Vollmacht und des internen Verhältnisses zu beachten. Ihre Erteilung braucht nicht ausdrücklich zu erfolgen, kann also auch durch konkludente Handlungen geschehen. Ob die Vollmacht erteilt ist und welchen Umfang sie hat, richtet sich nach dem in die äußere Erscheinung tretenden Verhalten des Prinzipals, d. h. der Gesellschaft. Innerhalb der Grenzen der Vollmacht vorgenommene Handlungen des Kommanditisten-Bevollmächtigten verpflichten die Gesellschaft, auch wenn sie gegen besondere Weisungen des Prinzipals verstoßen. Dagegen hat der Dritte (anders als bei Prokura, wenn man von der Kollusion absieht) kein Recht auf Erfüllung etc. gegenüber der Gesellschaft aus Rechtsgeschäften mit dem Kommanditisten-Bevollmächtigten, von denen er weiß oder aus Fahrlässigkeit nicht weiß, daß sie jenseits des Umfangs der Vollmacht liegen.[2]) Bezüglich des Erlöschens der Vollmacht greift BGB. Platz, namentlich auch betr. der Frage, welchen Einfluß das Kausalverhältnis zwischen Gesellschaft und Kommanditist in dieser Beziehung ausübt.[3])

§ 9. B. Möglichkeit der Anrechnung solcher Tätigkeit als Einlage.

Nachdem nun die Grundlagen, Grenzen und Folgen der vertraglichen Tätigkeit des Kommanditisten in ihrer rechtlichen Bedeutung klargestellt sind, muß noch zu der umstrittenen Frage Stellung genommen werden, ob diese Dienstleistung des Kommanditisten für die Gesellschaft auch als Einlage genommen werden kann, ob mit a. W. die Dienste, welche der Kommanditist auf Grund vertraglicher Abmachung der Gesellschaft leistet, als eine dem Gesetz entsprechende Vermögenseinlage zu betrachten sind.

[1]) Staub § 170, 5 HG. spricht in diesem Fall von „gesetzlicher" Vertretung des Kommanditisten-Prokuristen. Aber er ist doch nicht „geborener" Vertreter.

[2]) ROHG. XII, 279; XX, 122.

[3]) Gareis 123 HG.

Daß der Kommanditist neben einer Sach- und Geldeinlage auch mit Diensten beteiligt sein könne, wird von einigen Gegnern der bloßen Dienstbeteiligung des Kommanditisten zugegeben;[1]) andere bestreiten sogar diese Möglichkeit im Anschluß an das französische Recht.[2]) Am heftigsten bestritten ist jedoch, ob die ausschließliche Arbeitsbeteiligung genüge.

Das Gesetz spricht im § 161 HG. nur von „Vermögenseinlage". Was darunter zu verstehen sei, wird nicht ausgeführt. Nicht wenige Schriftsteller behaupten nun, bloße Beteiligung des Kommanditisten mit Diensten widerspreche dem § 161 HG., in einem solchen Fall sei eine Kommanditgesellschaft gar nicht vorhanden. So schreibt Makower:[3]) „Dagegen ist ein Beitrag von Arbeitsleistung überhaupt keine Einlage, und jedenfalls keine Einlage von Vermögen. Eine Gesellschaft, bei welcher die Haftung des einen Gesellschafters gegenüber Dritten auf den geschätzten Wert einer bestimmten künftig beizutragenden Arbeitsleistung (nicht etwa das Ergebnis einer vergangenen Arbeitsleistung) beschränkt wird, ist daher nicht als Kommanditgesellschaft anzusehen, d. h. der Kommanditist haftet trotz vereinbarter Haftungsbeschränkung unbeschränkt, es ist eine OH." Er gibt aber am gleichen Orte zu, daß „ein durchschlagender Grund beide Fälle (i. e. künftige und vergangene Arbeit) verschieden zu behandeln nicht ersichtlich ist.",

Ähnlich läßt sich Endemann aus: „Nur wer durch Vermögenseinlage, gleichviel ob in Geld oder in anderer Gestalt, mit reell eingeschossenen oder zugesagten, sich beteiligt, ist Kommanditist. Wer bloß Arbeit der Gesellschaft zuwendet ohne Übernahme einer Haftung für die Gesellschaftsschulden, trägt zur Kreditbasis der Gesellschaft nicht bei."[4])

Gegen diese Auffassung haben sich mit Recht viele Schriftsteller gewandt. Eingehend beschäftigt sich die Arbeit von Hammer mit der Frage. Seinen Ausführungen, die sich besonders gegen Makower

[1]) Gierke in Holzendorff-Kohler Enzyklopädie 941.

[2]) Code de commerce art. 27 (modifié par la loi du 6 mai 1863): l'associé commanditaire ne peut faire aucune acte de gestion même en vertu de procuration.

[3]) Makower § 161, 3 HG.

[4]) Endemann HR. 168; diese Ausdrucksweise ist zum mindesten ungenau; denn der nur mit Diensten beteiligte Kommanditist haftet den Gläubigern direkt bis zur Höhe des in einer Summe veranschlagten Wertes, solange sie noch nicht abgearbeitet ist; er hat also gerade so gut Haftung übernommen wie wenn er Geld versprochen hätte. Für diese Ansicht sind noch: Koch, Gierke, Wendt, Wächter, Kräwel (Busch Arch. V, 95).

richten, kann man logische Schärfe und Überzeugungskraft nicht absprechen.[1])

Es sei klar, schreibt er, daß die Leistung der Einlage durch Arbeit sich anders vollziehe als die durch Zahlung einer Geldsumme; Dienste werden geleistet, nicht eingelegt. Man müsse sehen, ob Vermögenswert in das Gesellschaftsvermögen geflossen sei, und das sei der Fall, weil Ausgaben vermieden seien. Daß ein Widerspruch im Sprachgebrauch des BGB. vorliege, wie Makower behauptet,[2]) sei nicht ersichtlich. „Er wird nur dann hineingetragen," fährt Hammer wörtlich fort, „wenn man Einlage und Beitrag als engeren und weiteren Begriff darstellt. Die beiden Ausdrücke bezeichnen aber dasselbe. Dieser Annahme steht auch § 707 BGB. nicht entgegen. Wenn hier die beiden Worte in scheinbarem Gegensatz gebraucht werden, so ist das eben nur ein scheinbarer. Beitrag bedeutet Summe, die gezahlt werden soll, Einlage diejenige, welche gezahlt ist; ihnen entsprechen wiederum die Ausdrücke »erhöhen« und »ergänzen«. Dieser Auslegung widerspricht § 718 BGB. nicht, denn er besagt, die Beiträge werden Vermögen, nämlich mit der Hingabe in dem Augenblick, wo sie Einlage werden.[3]) Auch mit § 733 BGB. besteht dann kein Widerspruch mehr, denn zurückgewährt werden kann nur, was empfangen worden, was ins Gesellschaftsvermögen übergegangen ist, dasselbe vermehrt hat, also die Einlage. Wenn § 733 die Einlage, die durch Dienste geleistet wird, der Geldleistung nicht gleichgestellt wird, so liegt das daran, daß dieselbe sich nicht leicht in einer Summe veranschlagen läßt, wenn eine derartige Wertschätzung nicht schon vornherein beabsichtigt und vorbereitet wurde. Es entspricht also der neueren Gesetzgebung, wenn man die Arbeitsleistung als Erfüllung der Einlagepflicht ansieht."

Nicht so ausführlich in der Begründung, aber ebenso bestimmt im Resultat ist Lehmanns Ansicht:[4]) „Auch Arbeitsleistungen sind nicht ausgeschlossen, soferne ein Vermögenswert diesen zukommt. Die Gesellschaft kann durch die Arbeitsleistung des Kommanditisten z. B. die sonst notwendige Gehaltssumme für Engagierung eines

[1]) Hammer, Haftung des Kommanditisten, 7 ff. Lzg. Diss. 1902.

[2]) cf. Makower § 111, I a HG.

[3]) cf. hiezu Plank § 718, I a BGB.

[4]) Lehmann-Ring § 161, 6 HG. Für die Arbeitsbeteiligung: Puchelt a 150, 5 und 153, 3 ADHG.; Behrend § 87 S. 627; Renaud 116; Staub § 161, 9(8. Aufl.!); Goldmann (Kom. 1905) § 161, 20; Cosak (7. Aufl.) 672?; Tuchatsch, Kommanditgesellschaft 94.

Gehilfen ersparen. Der Betrag der Kommanditisten-Haftsumme kann durch mehrjährige Arbeit in die Gesellschaftskasse fließen, so daß der Kommanditist, der sie nicht für sich abhebt, damit seiner Haftpflicht nach außen entbunden ist."

Es scheint, daß die Gegner der Arbeitsbeteiligung den Begriff der Vermögenseinlage zu engherzig interpretieren. Geht man davon aus, so ist zunächst im strengsten Sinn freilich Vermögen eine Summe schon vorhandener wirtschaftlicher Güter in der Verfügung eines Rechtssubjekts und Arbeit oder Dienstleistung nur die Kraftäußerung, um etwas Nützliches, ein Gut im relativen Sinn, hervorzubringen. Die Güter sind noch nicht vorhanden, aber sie werden durch die Arbeit erzeugt. Und dann erhält die Dienstleistung des Kommanditisten Wert. Daß die Einlage von vornherein Vermögenswert haben müsse,[1]) verlangt das Gesetz nicht, vielmehr nur, daß der Wert der Einlage von vornherein bestimmbar ist. Und das ist der Fall. Bei dem als Handlungsgehilfen oder sonst gegen Entgelt beschäftigten Kommanditisten ist es ja einfach. Seine vereinbarte Gehaltsumme bildet die rechnerische Grundlage; die Einlage summiert sich aus den in die Gesellschaftskasse fließenden Gehaltsraten. Aber auch die unbezahlten Dienste des Kommanditisten sind abschätzbar. Mit der Abarbeitung der unter einer Schätzung versprochenen Dienste verringert sich die Höhe der noch ausständigen Einlage um den Schätzungswert der geleisteten Dienste solange, bis der Schätzungswert der geleisteten Dienste dem Schätzungswert der anfangs versprochenen Dienste gleichkommt. Darüber hinaus besteht keine Einlagepflicht und keine Haftpflicht des Kommanditisten, es müßte denn die Haftsumme höher sein als die bedungene Einlage. Werden die Dienste nicht geleistet, so tritt der Schätzungswert an ihre Stelle.

Das Ergebnis ist also, daß der Kommanditist sehr wohl seine Dienste, die er als Prinzipal-Geschäftsführer oder als Angestellter oder Beauftragter im weiteren Sinn der Gesellschaft leistet, als Einlage verrechnen lassen kann, mit anderen Worten, daß es unter den Gesellschaftern einer Kommanditgesellschaft vereinbar ist, jemanden als Kommanditisten aufzunehmen, der keine andere Einlage leistet, als die Dienste, welche er als Prinzipal-Geschäftsführer oder als Angestellter oder Beauftragter der Gesellschaft verrichtet.

[1]) Lastig bei Endemann I, 705.

IV.

§ 10. Tätigkeit ohne gesetzliche oder vertragliche Ermächtigung.

Soweit die besprochene Tätigkeit des Kommanditisten einerseits auf Gesellschaftsvertrag, anderseits auf Dienstvertrag oder Auftrag beruht, ist sie nicht nur sein Recht, sondern auch seine Pflicht. Nicht so weit darf man hinsichtlich der gesetzlich gewährleisteten Funktionen gehen. Der Eingriff in den Geschäftsgang durch Ausübung des Widerspruchsrechtes oder der Kontrolle ist in erster Linie, man muß sich das vor Augen halten, eine Abwehr- oder Notwehrhandlung des Kommanditisten, die erst in zweiter Linie auch für die Gesellschaft wirkt. Nun kann man gewiß nicht sagen, daß der Kommanditist zur Ausübung dieser Schutzrechte verpflichtet sei. Wohl aber darf er ohne guten Grund seine Mitwirkung bei den allen Gesellschaftern obliegenden Handlungen, die wir kollektive genannt haben, nicht verweigern. Er haftet den Gesellschaftern z. B. bei fahrlässiger Verzögerung der Registereintragung nach den allgemeinen Grundsätzen i. e. für Verletzung der diligentia quam suis rebus, wenn nichts anderes ausgemacht ist.

Soweit reicht also das Recht und die Pflicht des Kommanditisten zu Handlungen für die Gesellschaft. Alle darüber hinausgehenden Akte sind unberechtigt, selbst bei Gefahr im Verzuge.[1]) Denn das geltende Gesetz sagt ausdrücklich, ein Gesellschafter habe bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen die diligentia quam suis anzuwenden[2]) und hat damit Renauds Ansicht, der alte Art. 94 mit 157 ADHG. wolle nur den Grad der Sorgfalt innerhalb des Kreises seiner Verbindlichkeiten, nicht den Umfang der Verpflichtungen regeln, bestätigt.[3])

Selbstverständlich unterliegt auch dieser Grundsatz vertraglichen Modifikationen. Soweit solche nicht vorliegen, fragt es sich, wie die unbefugten Handlungen des Kommanditisten zu beurteilen sind, welche Folgen sie für die Gesellschaft und welche sie für den Kommanditisten selbst haben.

[1]) Renaud 293; Makower § 116, IV HG.; ROHG. XX, 247.

[2]) § 708 BGB.

[3]) Renaud a. a. O.

Wollen wir zunächst die Formen der unberechtigten Tätigkeit genauer festhalten.

Unberechtigt sind nicht nur die Geschäftsführungs- und Vertretungsakte — auch solche kann der Kommanditist vornehmen, sowohl als falsus procurator wie als negotiorum gestor[1]) —, welche der jeglicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse bare Kommanditist für die Gesellschaft vornimmt, sondern alle Akte schlechtweg, welche nicht auf einer entsprechenden Befugnis, sei es gesellschaftsvertraglicher oder dienstlicher Natur, beruhen. Sohin fallen hierunter auch alle Handlungen des mit Geschäftsführung betrauten Kommanditisten, wenn sie entweder direkt im Vertrage untersagt sind oder über den ihm zugewiesenen Kreis der Geschäftsführung hinausgehen, sowie alle Akte, die er gegen den Widerspruch eines andern Geschäftsführers vornimmt. Ferner ermangeln die in Ignorierung bestehender Kollektivgeschäftsführung eigenmächtig ausgeführten Handlungen der Berechtigung ebenso wie die Gefahr im Verzug ungewöhnliche oder der Gesellschaft fremde Geschäfte niemals zu legitimen macht.

Aber auch die Geschäftsführung des Kommanditisten, der mit Prokura oder Handlungsvollmacht ausgerüstet ist, wird unberechtigt, sobald sie den durch Gesetz oder Dienstvertrag gegebenen Rahmen überschreitet.[2])

In allen diesen Fällen bewegt sich die Tätigkeit des Kommanditisten nicht mehr auf dem Boden der Rechtmäßigkeit und ist vorsätzlich pflichtwidrig.[3]) Bei der Beurteilung derselben muß zweierlei scharf geschieden werden: Das interne Verhältnis und das externe, ganz im Einklang mit dem wesentlichen Unterschied zwischen Geschäftsführung und Vertretung. Nach innen hat vor allem die Frage Bedeutung, wie weit einerseits die Gesellschaft dem Kommanditisten

---

[1]) Bezüglich der notwendigen oder nützlichen, wenn auch ungerufenen negotiorum gestio muß man vielleicht sogar annehmen, daß in ihr die nach außen wirksame Vertretungsmacht liegt, ohne daß es einer nachträglichen Genehmigung des Geschäftsherrn bedarf (cf. Hupka 4 Anm. 3).

[2]) Auch unerlaubte Handlungen gegen Dritte können in Ausführung dieser unberechtigten Tätigkeit seitens des Kommanditisten vorgenommen werden. Sie sind in der gleichen Weise zu behandeln, vorausgesetzt, daß die Kommanditgesellschaft die deliktische Handlung nicht wirklich gewollt hat (cf. hiezu Lent, „Der Begriff der auftragslosen Geschäftsführung" S. 180 ff.).

[3]) Staub § 114 Anm. 13 HG.

für seine Auslagen etc. haftet und anderseits der Kommanditist für den Schaden seiner unbefugten Geschäftsbesorgung aufzukommen hat.

Es ist klar, daß beide Fälle nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag bereinigt werden müssen. Wir haben oben schon öfters Gelegenheit gehabt darauf hinzuweisen. Ganz unbestritten ist, daß der Kommanditist für den Schaden, welcher der Gesellschaft aus seiner angemaßten Geschäftsführung erwachsen ist, im vollen Umfang haftet, mag er dabei auch die peinlichste Sorgfalt angewendet und die lauterste Gesinnung gehabt haben. Diese fällt ja bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht ins Gewicht, ebensowenig wie der Umstand, ob der Kommanditist nur ohne den Willen oder geradezu gegen das Verbot der Gesellschafter gehandelt hat.[1]) Im allgemeinen wird man annehmen müssen, daß die Tätigkeit des Kommanditisten gegen das Verbot der Gesellschaft ist. Die Gesellschaft wünscht sein Kapital, aber nicht seine Arbeit; deshalb ist ihm jede Geschäftsbesorgung benommen oder nur auf einen Kreis beschränkt. Natürlich sind die Wirkungen sehr verschieden, je nachdem das Geschäft ohne oder gegen den Willen der Gesellschaft vorgenommen ist.

Nun hat man sich geweigert, dem Kommanditisten, der durch keinerlei Gesellschafts- oder anderen Vertrag zu Handlungen für die Gesellschaft ermächtigt ist, die Ersetzung von Aufwendungen, die Verzinsung von Vorschüssen und die Entschädigung wegen übernommener Verbindlichkeiten und erlittener Verluste bei Geschäften, welche der Gesellschaft zum Vorteil gereichten, nur nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zu bewilligen. Besonders in der älteren Literatur gab es eine Strömung, welche den Kommanditisten als socius behandelt wissen wollte und ihm Ersatz nach Art. 93 ADHG. zubilligte. Man lehnte die Geschäftsführung ohne Auftrag auch mit dem Hinweise ab, daß der Kommanditist zugleich seine eigenen Geschäfte besorge, wenn er in Angelegenheiten der Gesellschaft handle. Allein letzteres steht dem Begriff der auftragslosen Geschäftsführung nicht entgegen.[2]) Und der neue § 110 HG. spricht zwar jedem Gesellschafter Ersatz von Aufwendungen in Gesellschaftsangelegenheiten zu, aber es ist unbestritten, daß solche nur mit Billigung oder auf Ersuchen der geschäftsführenden Gesellschafter oder auf Grund der Solidarhaft gemacht werden dürfen.[3]) Andernfalls sind sie unbefugt gemacht

[1]) Oertmann (1910), Vorbem. zu Tit. XI BGB, 4 u. 6, S. 810, 812.

[2]) Oertmann a. a. O., cf. R.G. LXIII, 280.

[3]) Staub HG. § 110 Anm. 1.

und die Vergütung erfolgt nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag, wobei der Kommanditist nicht socius, sondern fremde Person ist.[1])

Bezüglich der rechtlichen Regelung der Handlungen des Kommanditisten, welche er in Verletzung oder Abweichung von einem Vertrag oder anderer Berechtigung vornimmt, bestehen zwei Ansichten. Die eine will auf sie die Vorschriften der auftragslosen Geschäftsführung anwenden, die andere legt der Beurteilung der Vertragsverletzung die Regeln jenes Vertrags unter. Ich schließe mich der ersten Ansicht an; sie scheint mir praktisch am brauchbarsten.

Für wenig empfehlenswert halte ich den Vorschlag, nach Lage des Falls bald auftragslose Geschäftsführung, bald den verletzten Vertrag zugrunde zu legen und jeweils das „juristische Gefühl" entscheiden zu lassen (cf. Lent, 169). Das Rechtsbild ist demnach folgendes:

Steht die Geschäftsbesorgung des Kommanditisten im Widerspruch mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der geschäftsführenden Gesellschafter und hätte er das erkennen müssen, dann haftet er für den durch seine Geschäftsführung verursachten Schaden;[2]) allerdings nur für diesen und nicht auch für den nur gelegentlich seines Eingreifens entstandenen. Daß die Tätigkeit dem mutmaßlichen Willen der Geschäftsführer nicht entspricht, muß er besonders daraus erkennen, daß sie nicht im Interesse der Gesellschaft liegt. Findet das Geschäft des Kommanditisten die Zustimmung seitens der geschäftsführenden Gesellschafter nicht, dann hat er keinerlei Ersatzansprüche für Aufwendungen, Verluste usw., sondern kann höchstens von der Gesellschaft Herausgabe alles dessen verlangen, was sich als eine ungerechtfertigte Bereicherung charakterisiert.[3]) In den meisten Fällen dürfte freilich der vom Kommanditisten zu leistende Schadensersatz die Bereicherungssumme übersteigen, da sonst wohl das Geschäft genehmigt würde.

Billigen die geschäftsführenden Gesellschafter die Tätigkeit des Kommanditisten oder entspricht diese dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Gesellschaft, dann kann der Kommanditist Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, soweit er sie

[1]) Makower HG. § 110, I.

[2]) § 678 BGB.

[3]) § 684 BGB.

für erforderlich halten durfte, und der Verluste, welche „inséparables de sa gestion" waren.[1]) Für erlittene Unfälle muß man jedoch die Haftbarkeit der Gesellschaft verneinen.[2]) Vorgeschossene oder ausgelegte Gelder dürfen verzinst werden, allerdings auch hier nur zu dem Normalsatz von 4 %, da der Kommanditist hier völlig fremde Person ist, nicht aber Gesellschafter; nur als Kommanditist kommt ihm Kaufmannseigenschaft zu.[3]) Aus dem gleichen Grunde mangelt ihm auch die Berechtigung, Provision für seine der Gesellschaft vorteilhafte Tätigkeit zu berechnen, abgesehen davon natürlich, daß er nicht aus einem anderen Grunde Kaufmann ist und so die Vorrechte eines solchen in Anspruch nimmt. Aber wegen übernommener Verbindlichkeiten kann er auf Liberierung dringen.

Eine kleine Verschiebung dieser Regeln zugunsten des Kommanditisten tritt ein unter dem Einfluß der §§ 679, 680 BGB.

Damit sind aber möglicherweise die Folgen für den Kommanditisten noch nicht erschöpft. Es kann auch noch zu disziplinären Ahndungen des Kommanditisten wegen seiner unberechtigten Betätigung kommen. Faßt man z. B. den Fall ins Auge, daß ihm Geschäftsführung innerhalb bestimmter Grenzen zugewiesen ist, über die er eigenmächtig hinausgegangen ist, so kann diese vorsätzliche Pflichtwidrigkeit gemäß § 117 HG. zur Grundlage einer Klage der übrigen Gesellschafter gegen ihn auf Entziehung der Geschäftsführung gemacht werden.

Nun entsteht die Frage, wie die Verhältnisse nach außen liegen. Besteht die unbefugte Tätigkeit des Kommanditisten bloß in der Vornahme von reinen Geschäftstätigkeitsakten im technischen Sinne, die ja keine Wirkung nach außen haben, so bleibt sie eine absolute res interna. Die Angelegenheit wird unter Anwendung der oben dargelegten Grundsätze inter socios geschlichtet. Schließt der Kommanditist zwar Rechtsgeschäfte ab, aber im eigenen Namen, wenn auch für Rechnung der Gesellschaft, dann trifft das Gleiche zu. Denn die Gesellschaft ist nicht obligiert, vielmehr kontrahiert der Dritte mit dem Kommanditisten persönlich.[4]) Es haftet nicht das Gesellschaftsvermögen, sondern das Vermögen des letzteren. Die Gesellschaft wird unmittelbar nicht berührt.

---

[1]) §§ 683, 670 BGB.

[2]) Oertmann 1910 § 670/4 BGB. S. 796.

[3]) cf. Abhandlung oben.

[4]) Gorski 11.

Wir wissen, daß dies der einzige Weg ist, selbst für den geschäftsführenden Kommanditisten persönlich Rechtsgeschäfte für die Gesellschaft einzugehen. Firmierungsrechte fehlen ihm gänzlich.

Ohne Benützung von gehörig bevollmächtigten Personen ist der Kommanditist, wenn man von dem Fall der berechtigten negotiorum gestio [1]) absieht, schlechterdings nicht imstande Rechtsgeschäfte mit Dritten für die Gesellschaft abzuschließen, es sei denn unter Anmaßung von Vertretungsmacht. In solchen Fällen finden für das äußere Verhältnis natürlich die allgemeinen Vorschriften über Vertretung ohne Vollmacht Anwendung.[2]) Vorausgesetzt, daß er sich als Vertreter ausgibt und der Dritte den Mangel der Vollmacht nicht kannte, sind die Rechtsgeschäfte nicht grundweg nichtig, sondern nur zunächst für die Gesellschaft unwirksam. Sie erlangen volle Gültigkeit und und zwar mit rückwirkender Kraft, sobald die Gesellschaft ihre Genehmigung erteilt.[3]) Diese kann sowohl dem Kommanditisten wie dem Dritten gegenüber erklärt werden. Die Gesellschaft hat dann gewöhnliche Erfüllungspflicht. Nach innen greifen nun die oben erörterten Grundsätze der auftragslosen Geschäftsführung Platz (§ 684 Satz 2).

Verweigert aber die Gesellschaft die Genehmigung, dann treten für sie keine Wirkungen ein, abgesehen von den inneren, z. B. Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung an den Kommanditisten, sondern die Folge ist, daß der Dritte das Recht hat, von dem Kommanditisten Erfüllung oder Schadensersatz zu verlangen. Beispielsweise können ihm auch die Kosten eines erfolglosen Prozesses gegen die Gesellschaft aufgebürdet werden.

Handelt es sich um einseitige Rechtsgeschäfte, z. B. Kündigung von ausstehendem Kapital, so sind diese gewöhnlich vollständig nichtig, außer wenn der Kommanditist ausdrücklich Vollmacht behauptet und der Dritte die Vornahme nicht beanstandet hat.[4]) Des weiteren gelten die gewöhnlichen Regeln.

Zum Schlusse erübrigt uns noch auf die Frage einzugehen, ob der Kommanditist im Namen der Gesellschaft wirksam Aufrechnung geltend machen kann. Vor allem interessieren natürlich die Fälle, wo der

[1]) cf. Abhandlung S. 52 Anm. 1.

[2]) §§ 177—180 BGB.

[3]) § 184 BGB.

[4]) § 180 BGB.

Kommanditist gegen eine Privatschuld mit einer Gesellschaftsforderung, oder gegen eine Gesellschaftsschuld mit einer Gesellschaftsforderung aufrechnen will. In den zum leichteren Verständnis aufgestellten Schemata sei (A + B) die Gesellschaft; A der Kommanditist und C der Dritte.

I. C hat von A 100 zu fordern,
C schuldet (A + B) 100,
der Kommanditist A hat kein Recht mit der Gesellschaftsforderung aufzurechnen, da er keine Vertretungsmacht besitzt, abgesehen davon, daß sich der Dritte die compensatio de iure tertii nicht gefallen zu lassen braucht (§ 387 BGB.).

II. C hat von (A + B) 100 zu fordern,
C schuldet (A + B) 100,
C verklagt nicht die Gesellschaft, sondern den Kommanditisten A auf Bezahlung der Gesellschaftsschuld. Ob der Kommanditist hier mit Erfolg die Gesellschaftsforderung aufrechnen könne, war früher zweifelhaft. Renaud z. B. meinte, jeder Gesellschafter, auch wenn er von der Vertretung ausgeschlossen, sei berechtigt, mit dem ganzen Betrag der Forderung, welche die Sozietät gegen den Kläger habe, zu kompensieren, denn die Forderung des C sei keine vollwirksame, für welche allein er wie ein Bürge hafte, da ihr die exceptio compensationis anhänge.[1])

Nach den heutigen Aufrechnungsbestimmungen kann der Kommanditist nicht aufrechnen; das wäre eine unbefugte Verfügung über den Gesellschaftsgegenstand. Er kann nur die aufschiebende Einrede der Aufrechnung vorbringen, wenn diese namens der Gesellschaft schon wirksam erklärt ist. Sonst kann er nur die Befriedigung verweigern unter Hinweis auf dieses Kompensationsrecht. Nur wenn er Vertretung hätte, z. B. als Prokurist, könnte er unabhängig vom Prozeß im Namen der Gesellschaft die Aufrechnung geltend machen und damit zugleich sich als Einzelgesellschafter liberieren.[2])

III. C hat von (A + B) 100 zu fordern,
C schuldet dem A 100.
Wenn nun C die Gesellschaft verklagt, so kann der Kommanditist, welcher natürlich gesamtschuldnerisch mithaftet (§ 128 HG.,

[1]) Renaud 438.

[2]) Staub § 129 Anm. 10 β HG.; Makower § 129 HG.; Lehmann-Ring § 129, 2 HG.

§ 161 Abs. 2 HG.), seinerseits Aufrechnung seiner Gesamtschuld mit seiner Privatforderung geltend machen und so die Gesellschaft von ihrer Schuld befreien (§ 422 Abs. 1 BGB.).[1]) Denn C dringt mit seiner Erklärung, seine auf die Gesamthaftung gegründete Forderung gegenüber dem aufrechnungsberechtigten Kommanditisten nicht geltend machen zu wollen, nicht durch. Dazu müßte er die Zustimmung des Kommanditisten haben; ein einseitiger Verzicht reicht nicht aus. (§§ 397 mit 423 BGB.)

Im innern Verhältnis liegt jedoch dann keine Geschäftsführung des Kommanditisten vor, auf die die Regeln der negotiorum gestio Anwendung fänden; denn „wenn einer von 2 Verpflichteten den Gläubiger befriedigt, einerlei ob Gesamtschuldner oder unechter Solidarschuldner, dann hat damit der Zahlende zunächst seine eigene Pflicht erfüllt. Hier greifen §§ 426 und 255 BGB. Platz." [2])

---

[1]) RG. XI, 118.

[2]) Oertmann (1910) S. 811.